Motive

zum Entwurfe

eines

bürgerlichen Gesetzbuches

für das

Königreich Bayern.



München.
Christian Kaiser.
1861.

Einleitung.

Ehe auf die Motivirung der einzelnen Bestimmungen der vorliegenden Theile eines Entwurfes zu einem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Bayern eingegangen wird, erscheint es zur Ermöglichung einer richtigen Beurtheilung und Würdigung des Ganzen nothwendig, einige allgemeine Bemerkungen über die dem Entwurfe vorgesetzte Aufgabe sowie über die Prinzipien voranzuschicken, welche für die Bearbeitung desselben maßgebend gewesen sind.

Der Entwurf ist in Erfüllung eines bekannten Postulates der bayerischen Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818, Tit. VIII §. 7, wonach für das ganze Königreich ein und dasselbe bürgerliche und Strafgesetzbuch bestehen soll, dazu bestimmt, die Grundlage einer neuen, das ganze Königreich mit Einschluß der Pfalz umfassenden Civilgesetzgebung zu bilden. Das neue Gesetzbuch soll den dießrheinischen Landestheilen unter Beseitigung der zahlreichen gegenwärtig noch geltenden, größeren Theils aber nach Inhalt und Form veralteten Privatrechtsquellen die längst ersehnte Wohlthat eines übersichtlichen und einheitlichen Civilrechts gewähren, zugleich aber für die Pfalz dem unläugbaren Bedürfnisse einer Revision des dort geltenden Civilrechts abhelfen, und so ein neues Band der Einigung zwischen den verschiedenen Bestandtheilen des Königreiches knüpfen.

Es ist einleuchtend, daß eine gedeihliche Lösung dieser der neuen Gesetzgebung vorgezeichneten Aufgabe nur durch eine erschöpfende und in sich abgeschlossene Kodifikation erreichbar ist. Das neue Gesetzbuch muß der Rechtsanwendung ein vollständiges System von Rechtsnormen an die Hand geben und auf alle Fragen des privatrechtlichen Verkehrs eine sichere und klare Antwort enthalten.

*

Demgemäß erschien es vor Allem nach dem Vorgange sämmtlicher neueren Gesetzgebungen als unthunlich, dem gemeinen Rechte die formelle Geltung als subsidiäre Rechtsquelle einzuräumen.

Ohne die hohe, allgemeine und jedem Wechsel der Landesgesetzgebung entrückte wissenschaftliche Bedeutung des gemeinen Rechts und den Werth desselben als Auslegungsquelle hinsichtlich jener Bestimmungen zu verkennen, welche aus seinem reichen Borne geschöpft sind, konnte man sich gleichwohl der Ueberzeugung nicht verschließen, daß es mit der angestrebten Einheit und Klarstellung des Civilrechts nicht verträglich sey, wollte man nebenbei eine subsidiäre Gesetzeskraft des gemeinen Rechts aufrecht halten. Dieses würde nur zu leicht verleiten, anstatt mit Hilfe der Auslegung und der Analogie in den Sinn und Geist des Gesetzbuches einzudringen und demselben auch seinen tiefer liegenden Inhalt abzugewinnen, zu irgend einer doctrinellen Autorität des gemeinen Rechts seine Zuflucht zu nehmen, so daß das Gesetzbuch von Anfang an der Gefahr einer verkümmerten Entwicklung und einer unvollständigen Anwendung ausgesetzt wäre. — Es kam hiezu noch die weitere Rücksicht auf die bevorstehende Einrichtung eines auch die Civilrechtspflege des Königreiches überwachenden und leitenden Kassationshofes. Mit dieser Institution und dem durch sie bedingten Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes scheint die, wenn auch noch so sehr in den Hintergrund zurückgedrängte subsidiäre Geltung einer Rechtsquelle, welche einer authentischen Redaktion ihrer einzelnen Bestimmungen ermangelt und in nicht wenigen Beziehungen auf einer oft schwer auszumittelnden communis doctorum opinio beruht, in keiner Weise vereinbar.

Durch den Wegfall eines Aushilfsrechts war es aber nur um so näher gelegt, eine entsprechende Ausführlichkeit und Vollständigkeit in den Bestimmungen des Gesetzbuches anzustreben. Der Entwurf durfte sich bei der Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute um so weniger mit der bloßen Aufstellung allgemeiner leitender Grundsätze begnügen, er mußte vielmehr die Rechtsinstitute in ihrer vollen Gestaltung entwickeln und sich auf eine Detailbestimmung derselben in soweit einlassen, als dieß im Interesse einer sicheren und einheitlichen Rechtsanwendung nothwendig oder förderlich erschien; er durfte selbst vor einzelnen scheinbar kasuistischen Sätzen keine Scheu tragen, soferne deren Präcisirung durch den Zweck geboten war, eine naheliegende unrichtige oder verschiedenartige Auffassung und Anwendung von vorneherein abzuschneiden, um dadurch dem Rechtsleben Verwirrung, sowie dem Kassationshofe Mühe und Arbeit zu ersparen.

Abgesehen hievon suchte man sich aller kasuistischen Aufstellungen sorgfältig zu enthalten; was sich als reine Folgerung aus allgemeinen Rechtssätzen darstellt,

was durch eine von richtigen Prinzipien ausgehende Auslegung, durch gehörige Verbindung und Beachtung auseinanderliegender Rechtsnormen mit hinreichender Sicherheit gewonnen werden kann, sollte in dem Gesetzbuche keinen besonderen formulirten Ausdruck finden.

Seinen Stoff hat der vorliegende Entwurf in den zur Zeit veröffentlichten Theilen vorwiegend dem gemeinen Rechte, welches ja ohnehin dem bisherigen Civilrechtszustande Bayerns in der Hauptsache zu Grunde liegt, entnommen, mit gewissenhafter Berücksichtigung der neueren Ergebnisse der Wissenschaft, soweit sie für die praktische Anwendung verwerthbar schienen. Die Benützung dieser Quelle mußte aber ihre Schranke finden, wo immer die dermaligen socialen Verhältnisse, die Bedürfnisse und Rechtsanschauungen der Gegenwart eine abweichende Behandlung erheischten, während andererseits Ergänzungen des gemeinen Rechts in soweit geboten waren, als in unserem Rechtsleben Rechtsverhältnisse eine Bedeutung gewonnen haben, welchen das gemeine Recht gar keine oder nicht die ausreichende Gestaltung zugewendet hat. Neben dem gemeinen Rechte ist dem französischen Civilgesetzbuche, welches seit mehr als einem halben Jahrhunderte das Landrecht eines Theiles des Königreiches bildet und um die Fortbildung des Civilrechts anerkannte Verdienste hat, die gebührende Rücksicht gewidmet. — Daß die neueren Arbeiten auf dem Felde der civilrechtlichen Kodifikation in dem vorliegenden Entwurfe eine sorgfältige Beachtung und Benützung gefunden haben, wird dem vergleichenden Auge nicht entgehen. Mit besonderem Danke ist des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen zu gedenken, dessen Aufstellungen vielfach dem gegenwärtigen Entwurfe zum Ausgangspunkte und zur Grundlage gedient haben, während der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen und die Thüringischen Staaten nicht mehr benützt werden konnte.

In seiner systematischen Anordnung folgt der Entwurf jener Gliederung des Rechtsstoffs, wie sie auch der neuesten Doctrin des gemeinen bürgerlichen Rechts geläufig ist, und behandelt demgemäß in besonderen Theilen

das Recht der Schuldverhältnisse,
die Rechte an Sachen,
Familienrecht,
Erbrecht.

Diesen besonderen Abtheilungen hat ein allgemeiner Theil voranzugehen, welcher jene Vorschriften enthalten soll, welche die Civilgesetze überhaupt betreffen oder für sämmtliche oder mehrere Rechtstheile eine prinzipielle und durchgreifende Bedeutung haben. Diesem allgemeinen Theile sind unter Anderem auch

jene Sätze des sogenannten Personenrechts einzuverleiben, welche einen privatrechtlichen Gehalt haben.

Die Voranstellung des Rechtes der Schuldverhältnisse rechtfertigt sich, abgesehen von der Wichtigkeit desselben für den Rechtsverkehr, durch die Erwägung, daß dieser Theil des Privatrechts fast gar keine Rechtssätze aus den übrigen Theilen des Rechtssystems zu seiner Voraussetzung hat, während seine eigenen Bestimmungen vielfach in die letzteren eingreifen.

Die Aufstellung allgemeiner Vorschriften über die Rechtsgeschäfte und die Verweisung derselben in den allgemeinen Theil, während sie auch in den neueren legislativen Arbeiten meist dem Obligationenrecht und der Darstellung der Schuldverträge eingeflochten sind, beruht auf der Erwägung, daß es außer den Schuldverträgen noch viele andere Rechtsgeschäfte gibt, für welche sämmtlich trotz ihrer Mannigfaltigkeit im Einzelnen gewisse allgemeingiltige Regeln gelten, durch deren abstrakte Formulirung somit vielfach spätere Wiederholungen entbehrlich gemacht werden.

Motive

zu dem

Hauptstücke:

Von den Rechtsgeschäften.

Von den Rechtsgeschäften.

Erste Abtheilung.

Erfordernisse.

In dem ersten (allgemeinen) Theile des Gesetzbuches mußten allgemeine Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte eine Stelle finden, weil dadurch die sonst nothwendige Wiederholung dieser allen oder gewissen Gattungen von Rechtsgeschäften gemeinschaftlichen Grundsätze bei jedem einzelnen derselben beseitiget wird. Das Gebiet der Rechtsgeschäfte ist nämlich, selbst abgesehen von den Verfügungen auf den Todesfall, sehr umfangreich, es kommen hier nicht blos Schuldverträge, sondern auch andere Verträge und Rechtsakte, wie z. B. die Zahlung, die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Erbschaftsannahme oder Entsagung darauf u. dgl. in Frage.

Das Rechtsgeschäft ist die wichtigste juristische Thatsache, die Form, in welcher sich regelmäßig die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Privatrechten ausprägt. Es konnte aber Umgang genommen werden von einer Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen, da sich dieselbe aus der Aufzählung der Erfordernisse eines vollgiltigen Rechtsgeschäftes (vgl. Art. 1) und aus den folgenden Bestimmungen von selbst ergibt; ingleichen von einer allgemeinen Kennzeichnung der verschiedenen Gattungen der Rechtsgeschäfte (nämlich der einseitigen, zweiseitigen, entgeltlichen, unentgeltlichen 2c.), weil sich das Wesen derselben in den Bestimmungen der besonderen Theile des Gesetzbuches ohnehin klar ausspricht.

Der Entwurf befaßt sich in den ersten fünf Abtheilungen des gegenwärtigen Hauptstückes mit den Hauptbeziehungen der Rechtsgeschäfte und wendet sich hienach noch zu zwei besonderen Arten von Rechtsgeschäften: zur Schenkung und zum Vergleiche. Es können nämlich durch diese Rechtsgeschäfte bei allen Arten von Vermögensrechten Veränderungen bewirkt werden, so daß dieselben nicht in den besondern Theilen des Gesetzbuches, namentlich im Obligationen- oder im Sachenrechte ihre richtige Stellung finden konnten.

Die Giltigkeit jedes Rechtsgeschäfts ist dadurch bedingt, daß objektiv dessen Inhalt ein gesetzlich zulässiger sei, ferner daß subjektiv die persönliche Fähigkeit zu dessen Vornahme bestehe und daß der Wille auf den rechtlichen Erfolg des Geschäftes gerichtet und gehörig erklärt sei (vgl. Art. 11 u. ff.). Fehlt es an einem dieser wesentlichen Erfordernisse, so ist das Rechtsgeschäft nichtig.

Ist durch die Natur des Geschäfts das Zusammentreffen der Willensthätigkeit zweier Personen bedingt (zweiseitiges Rechtsgeschäft, Vertrag), so müssen selbstverständlich die letzt bezeichneten zwei Erfordernisse bei Jedem der Handelnden zutreffen und die Willenserklärung muß eine übereinstimmende sein. Die Gründe der Unzulässigkeit des Inhaltes eines Rechtsgeschäftes bestimmt der Entwurf in den besonderen Theilen des Gesetzbuches; die Bestimmungen über die persönliche Fähigkeit und die Form der Willenserklärung aber folgen wegen ihrer allgemeinen Geltung sofort in den Art. 2—19. Dadurch, daß bei jedem Rechtsgeschäfte die Willensthätigkeit auf den rechtlichen Erfolg desselben (Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses) gerichtet seyn muß und diesen Erfolg wesentlich bedingt, unterscheidet sich das einseitige Rechtsgeschäft von andern, gleichfalls rechtliche Wirkungen erzeugenden Thatsachen. Während bei dem ersteren, z. B. bei der Occupation oder Dereliktion lediglich der Wille des Handelnden die Begründung oder Aufhebung des Rechts bewirkt, ist es für den Verlust des Rechts infolge der Verjährung, ebenso für die Folgen aus einer widerrechtlichen Handlung völlig gleichgiltig, ob die Willensthätigkeit etwa dort auf den Verlust des Rechts, hier auf eine Entschädigung gerichtet war.

Wie schon erwähnt, enthält sich der Entwurf bezüglich der Rechtsgeschäfte weiterer Begriffsbestimmungen, namentlich auch über den Vertrag im Allgemeinen. Gegenüber den Bestimmungen der besonderen Theile des Gesetzbuches erschien der allgemeine Satz: daß durch den Vertrag ebenso die Begründung, Veränderung und Aufhebung von Forderungs-, Sachen- und Familien-Rechten, sowie der Rechte auf Beerbung bewirkt werden könne, entbehrlich, zumal die folgenden allgemeinen Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte überall das zweiseitige Rechtsgeschäft gleichmäßig im Auge behalten. **(Art. 1.)**

1. Persönliche Fähigkeit.

Die allgemein anzuerkennende Handlungsfähigkeit der Person kann nur durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung entzogen oder beschränkt werden **(Art. 2.)**. Die natürlichen Gründe der gänzlichen Entziehung der Handlungsfähigkeit, welche der **Art. 3** aufzählt, sowie die Begrenzung der Wirksamkeit jener Gründe, welche bei sonst Willensfähigen nur vorübergehend eintreten, auf die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts (Nro. 3 des Art. 3) bedürfen keiner Rechtfertigung. Für die unter Nro. 1 und 2 des Art. 3 bezeichneten Personen können lediglich die gesetzlich bestellten Stellvertreter, insoweit keine gesetzliche Ausnahme wie u. a. bei letztwilligen Verfügungen besteht, Rechtsgeschäfte vornehmen, und gleiches gilt bei jenen Rechtssubjekten, deren Persönlichkeit auf einer gesetzlichen Fiktion beruht (Art. 31 u. ff.). Bei anderen, an sich willensfähigen Personen, nämlich bei mündigen Minder-

jährigen, unter elterlicher Gewalt oder einer Vermögenspflege stehenden Großjährigen ist es, theils wegen des durch ihre Jugend begründeten Mangels an Einsicht, theils wegen des Verhältnisses der Abhängigkeit oder Beschränkung, in welchem sie entweder zu andern Personen oder bezüglich der Verwaltung ihres Vermögens stehen, also aus juristischen Gründen, gleichwohl geboten, die Handlungsfähigkeit zu beschränken, und zwar insoweit diese Personen Verpflichtungen übernehmen oder über das ihrige verfügen, in dem Maaße, daß in diesen Fällen die elterliche oder pflegschaftliche Einwilligung oder Genehmigung erfordert wird, um das Geschäft gegen Aufhebung in Folge einer Anfechtung zu sichern. Aus naheliegenden Gründen muß hier den Veräußerungshandlungen (wie solche der Art. 5 kennzeichnet), die Ausschlagung eines, wenn auch nur angefallenen Vermögenserwerbs (einer angefallenen Erbschaft, eines angebotenen Geschenkes) gleichgestellt werden. Die bezeichneten Personen sind dagegen selbstverständlich vollbefähigt, bloße Erwerbsgeschäfte d. h. unentgeltliche Rechtsgeschäfte, bei welchen man einen Erwerb macht ohne eine Gegenleistung dafür geben zu müssen, vorzunehmen. Weil nun aber diese Personen nicht aus natürlichen Gründen handlungs- oder willens*unfähig* erscheinen, vielmehr ihre Handlungsfähigkeit nur aus rechtlichen Gründen in einer bestimmten Richtung *beschränkt* ist und das rechtliche Hinderniß der Vollgiltigkeit des Geschäfts durch *Genehmigung*, sowohl von Seite der Stellvertreter als von Seite der betreffenden Personen selbst, nach Beseitigung des Zustandes, welcher der Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit zu Grunde lag, gehoben werden kann, so sind die von ihnen ohne jene Einwilligung oder Genehmigung vorgenommenen Rechtsgeschäfte keineswegs *schlechthin nichtig*, sondern dieselben können nur in ihrem Interesse als unverbindlich angefochten und aufgelöst werden (vgl. Art. 8. 80. 83. 86 Thl. I und Motive dazu). **(Art. 4.)**

Durch die im **Art. 5 Abs. 1** enthaltene Kennzeichnung der *Veräußerung*, als einer in die Bestimmungen der besonderen Theile des Gesetzbuches vielfach eingreifenden juristischen Thatsache, wird dieselbe vorerst als ein *Rechtsgeschäft* bezeichnet, welches also infolge der Willensthätigkeit des Handelnden entsteht und dessen Wirkung durch letztere *bedingt* ist, so daß z. B. der Verlust eines Rechtes durch Verjährung, selbst wenn die Unterlassung der die Unterbrechung bewirkenden Handlungen auf der Absicht des Verlierenden beruht, als Veräußerung in der Regel nicht gilt. Die Veräußerung bezieht sich entweder auf Sachen oder auf Forderungen. In der ersten Richtung liegt dieselbe nicht blos in dem Aufgeben, in dem Uebertragen des Eigenthums einer Sache oder des Rechtes an einer solchen, sondern auch in der Minderung oder Beschränkung des Eigenthums durch eine dingliche Belastung. Neben den Veräußerungen mußten im Art. 4 Abs. 1 die *Verpflichtungshandlungen* aufgeführt werden, weil durch dieselben ebenfalls eine Verminderung des Vermögens herbeigeführt wird. Hat die Veräußerung den Zweck, ein Recht schlechthin aufzugeben, so daß es erlöschen, nicht aber bei einem Andern als *übertragenes* Recht fortdauern soll, so liegt ein Verzicht **(Art. 5 Abs. 2)** vor, über welches besondere Veräußerungsgeschäft in seiner Richtung auf Sachen-, Forderungs- und Erbrechte, namentlich über den Moment,

mit welchem dessen Wirkung eintritt, in den besonderen Theilen des Gesetzbuches nähere Bestimmungen getroffen werden.

Wie erwähnt, unterliegt — insoweit nicht, wie bei Geschäften auf den Todesfall, besondere Vorschriften vermöge des in Art. 1 Abs. 2 gemachten Vorbehalts gelten — ein Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäft, welches eine der im Art. 4 bezeichneten, beschränkt handlungsfähigen, Personen, ohne die gebotene Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Stellvertreters vorgenommen hat, im Interesse dieser Person der Anfechtung. Das Recht hiezu kann während des Bestandes jenes Verhältnisses, in welchem der Grund der beschränkten Handlungsfähigkeit liegt, nur von jenen Personen, beziehungsweise Behörden ausgeübt werden, welche durch das Gesetz zur Einwilligung oder Genehmigung, mithin zur Bekräftigung des von dem beschränkt Handlungsfähigen vorgenommenen, diesen nicht bindenden, befugt sind. Mit dem Wegfall des Verhältnisses der Beschränkung und Abhängigkeit aber erlangen jene Personen ihre volle Handlungsfähigkeit und damit die Befugniß, selbst das bisher anfechtbare Rechtsgeschäft entweder zu bekräftigen oder dessen Auflösung zu erwirken. Damit nun die Ungewißheit über den rechtlichen Fortbestand eines solchen Geschäfts jedenfalls mit dem Eintritte der vollen Handlungsfähigkeit der nunmehr selbst zur Anfechtung befugten Person möglichst bald beseitiget werde, ist es geboten, die Frist zur Geltendmachung der Anfechtung zu beschränken. Der Zeitraum von 4 Jahren — schon in dem bisher geltenden Rechte angenommen — entspricht einerseits dem bezeichneten Bedürfnisse und andrerseits der Erwägung, daß jenen Personen ein überall ausreichender Zeitraum zur Prüfung ihrer Verhältnisse gegönnt werden müsse, dessen unbenützter Ablauf einen sicheren Schluß auf eine thatsächliche Bekräftigung des anfechtbaren Geschäfts begründet. **(Art. 6.)**

Betrifft die Veräußerungshandlung eine Sache, so können infolge des bezeichneten Anfechtungsrechtes Dritte als Erwerber der Sache in rechtlichen Betracht kommen; allein es muß dem Sachenrechte (Th. III) vorbehalten bleiben, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter welchen Dritten gegenüber die Anfechtung geltend gemacht werden könne. **(Art. 7.)**

Um Hilfe gegen die Rechtsunsicherheit zu gewähren, welche daraus entsteht, daß ein auf Leistung und Gegenleistung gerichtetes Rechtsgeschäft vermöge der Willkühr des einen Theils, nämlich des Vertreters der beschränkt handlungsfähigen Person auflösbar ist, für den andern Theil dagegen bis zur Auflösung darum bindend bleiben muß, weil es durch die Genehmigung des Vertreters bekräftiget werden kann, war es geboten, eine besondere Bestimmung im Interesse des also gebundenen Theiles zu treffen. Diesem muß nämlich die Befugniß eingeräumt werden, gleichfalls die Aufhebung des Geschäfts zu verlangen, sofern die gesetzliche Genehmigung von Seiten des Vertreters des beschränkt Handlungsunfähigen nicht erfolgt, so daß er nicht gehalten ist, jene Anfechtung abzuwarten, bis zu welcher er aus dem Geschäfte gebunden bleiben würde. Zu diesem Zwecke muß er berechtiget seyn, die Gewißheit über den Eintritt der Genehmigung

oder Nichtgenehmigung von Seiten des Vertreters des beschränkt handlungsfähigen Contrahenten zu erzwingen. **(Art. 8 Abs. 1 u. 2.)** — Erfolgt nun aber entweder in Folge der Anfechtung des Geschäfts durch den Vertreter die Auflösung, oder wird der andere Theil in Folge des Eintritts der Gewißheit darüber, daß jene Genehmigung nicht erfolge, berechtiget, selbst die Auflösung zu verlangen, — kömmt es somit zur Zurückgabe des gegenseitig Geleisteten, so muß, ungeachtet das Geschäft für die beschränkt handlungsfähige Person nicht bindend war, doch deren Haftung und mithin das Rückforderungsrecht des andern Theiles insoweit begründet seyn, als diese Haftung nicht auf der Verpflichtungshandlung als solcher, sondern auf einer Thatsache beruht, welche aus unabweisbaren Gründen der Billigkeit eine Ersatzpflicht begründet, — der Thatsache nämlich, daß der Handelnde aus der Leistung des andern Theils zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist. **(Art. 8 Abs. 3.)**

Erfahrungsgemäß kommen oft bei den im Art. **4** bezeichneten Personen, obgleich der Grund der Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit zum Theil auf einem Mangel an Einsicht bezüglich ihrer Vermögens-Interessen beruht, arglistige Unternehmungen vor, um sich unter dem Scheine vermögensrechtlicher Selbstständigkeit Geldmittel von Andern zu verschaffen. Insoferne zur Eingehung solcher Geschäfte der andere Theil durch betrügliche Vorspiegelungen und Veranstaltungen — im Gegensatze zu bloßen Lügen — bestimmt wurde, erschien es angemessen, auch hier an dem Grundsatze festzuhalten, daß die Aufhebung solcher Geschäfte entweder in Folge der Anfechtung von Seite des Vertreters der beschränkt handlungsfähigen Person oder durch diese selbst (in dem Falle des Art. 6 Abs. 2 und innerhalb der dort bestimmten Frist) Platz greifen müsse, dagegen aber dem anderen Theile einen Anspruch auf volle Entschädigung aus dem Vermögen der beschränkt handlungsfähigen Person, also über die im Art. 8 Abs. 3 bezeichnete regelmäßige Grenze hinaus, einzuräumen, indem solche Personen aus Delikten, ihrer beschränkten Handlungsfähigkeit ungeachtet, nach Art. 55 und 56 Thl. II. haftbar sind. Auf eine Aufstellung der Voraussetzungen, unter welchen hier den verletzten Kontrahenten selbst wegen Mangels gehöriger Erkundigung, wegen zu großer Leichtgläubigkeit, ein Verschulden treffen könne, geht der Entwurf nicht ein, überläßt vielmehr dem richterlichen Ermessen die richtige Beurtheilung der Verhältnisse, indem eine Kasuistik die Gefahr der Unvollständigkeit hier in erhöhtem Maße mit sich bringt **(Art. 9.)**. Hinsichtlich der Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau bei ihren Rechtsgeschäften durch die Zustimmung des Ehemannes mußten hier die betreffenden besonderen Bestimmungen des Familienrechtes (Thl. IV) lediglich vorbehalten werden. **(Art. 10.)**

2. Willenserklärung.

Insoferne keine gesetzliche Ausnahme (wie z. B. bei Rechtsgeschäften von Todeswegen) besteht, kann die Erklärung des auf Vornahme eines Rechtsgeschäfts gerichteten Willens entweder eine ausdrückliche oder stillschweigende seyn. Die er-

stere kann mündlich, schriftlich oder auch durch unzweifelhafte Zeichen (wie z. B. durch Zunicken statt einer auf andere Weise kundgegebenen Zustimmung) bewirkt werden, soferne nur diese Handlungen lediglich zu dem Zwecke vorgenommen werden, um jenen Willen auszudrücken. Stillschweigend kann der Wille durch Handlungen erklärt werden, welche zunächst oder doch zugleich zu anderen Zwecken vorgenommen werden, aus welchen daher auf die Erklärung eines bestimmten Willens, vermöge der begleitenden Umstände in dem konkreten Falle, lediglich eine Schlußfolgerung, jedoch mit Sicherheit, gezogen werden kann. Diese Schlußfolgerung kann dadurch abgewendet werden, daß sich der Handelnde gegen die aus seiner Handlung zu folgernde Absicht ausdrücklich verwahrt, namentlich dadurch, daß er, gegenüber der zulässigen Folgerung des Aufgebens eines Rechts, sich letzteres vorbehält. Zur Wirksamkeit in Vertragsverhältnissen wird jedoch vorausgesetzt, daß die Verwahrung oder der Vorbehalt dem anderen Theile vor dem wirklichen Geschäftsabschluße mitgetheilt worden sey. — Unzuläßig muß ferner jede Schlußfolgerung aus äußerlich als konkludent erscheinenden Handlungen seyn, wenn solche unter dem Einfluße des Zwangs oder eines Irrthums entstanden sind, welcher die zu folgernde Willenserklärung ausschließt. — In Fällen endlich, in welchen das Gesetz ausnahmsweise an das Schweigen gegenüber den Handlungen Dritter die Annahme einer Zustimmung hiezu oder eine Wirksamkeit dieser Handlungen auf die Rechtsverhältnisse des Schweigenden knüpft, kann eine Protestation oder Reservation gleichfalls nothwendig werden. **(Art. 11, 12, 13.)**

In der Regel ist die Beobachtung einer besonderen äußeren Form zur Errichtung eines Rechtsgeschäfts nicht nothwendig; es bleibt der Willkür der Handelnden überlassen, in welcher Weise sie ihre Willenserklärung abgeben wollen. Ausnahmen hievon werden begründet: entweder durch eine Vorschrift des Gesetzes, wonach die Beobachtung einer besonderen Form zur wirksamen Eingehung eines Rechtsgeschäfts erfordert wird, oder durch eine Vereinbarung der Parteien über die Beobachtung einer im Gesetze für das betreffende Rechtsgeschäft nicht vorgeschriebenen Form. Der Zweck solcher gesetzlicher Vorschriften, namentlich der Errichtung einer öffentlichen oder Privaturkunde über das Geschäft ist: die Gewißheit des Willens außer Zweifel zu setzen, die Einwirkung widerrechtlicher Einflüsse ferne zu halten, das Zustandekommen des Geschäfts festzustellen und dessen Inhalt für die Zukunft festzuhalten. Fehlt es an der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form, so ist das Rechtsgeschäft nichtig (vgl. Art. 17 des Th. II). Beruht aber die Beobachtung einer gewissen Form auf der Vereinbarung der Parteien, so kommt es hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung der Form zunächst auf den Inhalt der Verabredung an. Soferne die Form des Rechtsgeschäfts vor dessen Abschluß verabredet wurde, so hängt im Zweifel von deren Einhaltung die Giltigkeit des Geschäftes ab, so daß vor deren Vollziehung kein Theil gebunden ist (vergl. Art. 20 des Th. II.). Anders freilich, wenn die Parteien erst nach Abschluß des Geschäfts über die Beobachtung einer bestimmten Form übereinkommen; hier muß im Zweifel die Absicht angenommen werden, für den Beweis des Rechtsgeschäfts zu sorgen, so daß von der Form die

Wirksamkeit der Verpflichtung der Theile keineswegs abhängt. In diesem Sinne mußte der **Art. 14** in seiner allgemeinen Fassung hier eine Stelle finden und waren die näheren Bestimmungen (wie deren aus dem II. Theile oben bereits angeführt wurden) den besonderen Theilen des Ges.-Buches vorzubehalten.

Hinsichtlich der Form der urkundlichen Errichtung eines Rechtsgeschäfts erschien es nothwendig, die wesentlichen Erfordernisse der öffentlichen und Privaturkunden aufzustellen. Jene einer öffentlichen Urkunde, wie solche der **Art. 15 Abs. 1 Nr. 1—3** bezeichnet, bedürfen keiner besonderen Rechtfertigung; es versteht sich hiebei von selbst, daß die Zuständigkeit des beurkundenden Beamten nach der Organisation zu beurtheilen ist, welche über die Führung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit maßgebend ist. Fehlt es aber an der Zuständigkeit des öffentlichen Beamten oder trägt die Urkunde einen Mangel an der Form, wie z. B. dadurch an sich, daß der beurkundende Beamte dieselbe nicht unterzeichnet hat, so besteht kein Grund, derselben die Geltung als Privaturkunde zu versagen, insoferne die Erfordernisse einer solchen vorhanden sind, insbesondere die handelnden Personen dieselbe in gehöriger Weise unterzeichnet haben. Diese Vorschrift hat ihre praktische Bedeutung namentlich dann, wenn über ein Rechtsgeschäft, zu dessen Eingehung eine Privaturkunde ausreicht, eine öffentliche Urkunde errichtet wurde. **(Art. 15 Abs. 2.)**

Bei der Vielgestaltigkeit der Rechtsgeschäfte und der Verschiedenheit des Ausdruckes, welcher einer Willenserklärung, unbeengt von den Formen einer öffentlichen Urkunde, gegeben werden kann, ohne daß dabei ein wesentliches materielles Moment des Geschäfts vermißt wird, läßt sich — (insoweit nicht besondere Vorschriften für einzelne Geschäfte bestehen) — als wesentliches Erforderniß der Giltigkeit einer Privaturkunde lediglich die Mitwirkung der Parteien zur äußeren Vollendung der Urkunde, nämlich die eigenhändige Unterschrift derselben aufstellen. Weil aber nur bestimmte Schriftzeichen von deren Urheber mit Sicherheit anerkannt werden können, so ist es geboten, für die übliche Beisetzung sogenannter Handzeichen von Seite des Schreibens nicht kundiger oder momentan unfähiger Personen eine Beglaubigung und zwar — um Weiterungen durch Zuziehung von Beglaubigungszeugen zu vermeiden — durch einen öffentlichen Beamten vorzuschreiben, wodurch zugleich eine Gewähr dafür erlangt wird, daß der Inhalt der Urkunde der schreibensunkundigen Person gehörig bekannt sey. Ist die handelnde Person aber auch unfähig, ein Handzeichen der Urkunde beizusetzen, fehlt es sonach gänzlich an der Möglichkeit ihrer Mitwirkung zum äußerlichen Zustandekommen der Urkunde, worin gerade das Giltigkeitsmoment einer Privaturkunde liegt, so ist es nothwendig, den Abschluß des Rechtsgeschäfts in einer öffentlichen Urkunde, wenn auch für solches die Errichtung einer Privaturkunde genügen würde, zu gebieten. **(Art. 16.)**

Neben dem Haupterfordernisse der eigenhändigen Unterschrift der Privaturkunde durch die handelnden Personen erscheint die Besiegelung derselben, wenn solcher auch im Texte der Urkunde erwähnt ist, dieselbe aber gleichwohl fehlt, von

keiner Erheblichkeit, soferne nicht für die Urkunde die besonderen bevorzugenden Bestimmungen über die Siegelmäßigkeit in Anspruch genommen werden. **(Art. 17.)**

Wenn der Gesetzgeber hinreichende innere Gründe als gegeben erachtet, um zur Giltigkeit eines bestimmten Rechtsgeschäfts dessen schriftliche Errichtung oder Abschließung — sey es in einer öffentlichen oder Privaturkunde — zu fordern, und selbst dann, wenn die Parteien aus eigener Willkür das Rechtsgeschäft in die schriftliche Form gebracht haben, so muß hiefür die allgemeine Bestimmung gelten, daß nichts Anderes und nichts Weiteres als in dem Willen der Parteien gelegen anzunehmen ist, als was dieselben in jener gesetzlich vorgeschriebenen oder gewillkürten Form erklärt haben. Diesem für die Rechtsprechung sehr folgenreichen Principe gemäß kann mündlichen Abreden jeder Art keine andere als eine blos interpretative und subsidiäre Bedeutung für wirklich zweideutige Bestimmungen der Urkunde unter der Voraussetzung zugestanden werden, daß eine Interpretation aus dem Inhalte der Urkunde selbst nicht möglich ist. **(Art. 18.)**

Liegt die bei einem Rechtsgeschäfte abgegebene Erklärung, welche äußerlich einen bestimmten Willen ausdrückt, in der That nicht in dem Willen des Erklärenden, so muß dieselbe wirkungslos seyn. War diese Nichtübereinstimmung der Erklärung mit dem Willen eine unabsichtliche, so sind natürlich die Grundsätze über den wesentlichen Irrthum maßgebend; war sie aber eine absichtliche und wollten die Parteien statt des zum Scheine abgeschlossenen Geschäfts ein anderes abschließen, um das erstere zu verdecken, so gilt naturgemäß und nach allseitig anerkannten Rechtsgrundsätzen nur das verdeckte Geschäft, vorausgesetzt, daß alle Erfordernisse seiner Wirksamkeit vorhanden sind, nicht aber das simulirte. Demnach hebt der Umstand, daß ein ernstlich gewolltes und sonst vollkommenes zweiseitiges Rechtsgeschäft durch ein anderes nur zum Scheine abgeschlossenes absichtlich verborgen wird, die Wirksamkeit des ersteren weder unter den Parteien noch auch jenem Dritten gegenüber auf, für dessen Verpflichtung oder Berechtigung es nach der Natur des konkreten Rechtsverhältnisses maßgebend ist, wie z. B. bei dem Kaufe gegenüber dem Wiederkaufsberechtigten nach Art. 387 Th. II. **(Art. 19.)**

3) Einfluß von Zwang, Irrthum und Betrug.

a) Zwang.

Die Beweggründe zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes, die Voraussetzungen und Erwartungen, durch welche der Handelnde sich bestimmen läßt, können als innerliche und subjektive Momente in den objektiven Verhältnissen des Verkehrs, ohne die Sicherheit desselben auf das Spiel zu setzen, in der Regel nicht berücksichtiget werden, indem es hier zunächst nur auf das Daseyn des Willens nicht auf die Art seiner Entstehung ankömmt.

Nach der allseitig als richtig anerkannten Rechtsanschauung können nur ausnahmsweise die Beweggründe eines Rechtsgeschäftes, und zwar nicht als Entstehungsursachen wesentlicher Mängel, welche die Nichtigkeit des Geschäftes zur

Folge haben würden, sondern nur als Gründe zur Anfechtung desselben in Betracht kommen, nämlich

1) wenn der Handelnde zur Eingehung des Geschäfts durch Zwang bewogen wurde (vgl. Art. 20—22 Thl. I.),
2) wenn durch Betrug ein Irrthum in den Beweggründen bei dem Handelnden erzeugt oder dessen Irrthum widerrechtlich benützt wurde (vgl. Art. 29 Abs. 1 mit Art. 23 Thl. I.), endlich
3) wenn man sich zu einer Zusage oder Leistung aus Irrthum rechtlich verpflichtet hielt (vgl. Art. 903 u. ff. Thl. II.)

Ist Jemand zur Vornahme oder Eingehung eines Rechtsgeschäfts durch persönliche Vergewaltigung oder durch Erregung einer gegründeten Furcht mittelst Drohungen gezwungen worden, so ist das Geschäft immerhin noch ein gewolltes, daher kein schlechthin nichtiges, allein es muß wegen der Widerrechtlichkeit, durch welche der Entschluß hervorgerufen wurde, von dem Gezwungenen angefochten werden können. Dieses Recht des Gezwungenen, vermöge der Anfechtung die Erklärung der Unwirksamkeit des Geschäfts zu verlangen, kann aber nicht auf den Fall beschränkt werden, wenn der Urheber des Zwanges ein bei dem Geschäfte selbst Betheiligter ist; vielmehr muß der durch Zwang, gegen welchen man sich durch Achtsamkeit nicht schützen kann, also durch Uebermacht aufgedrungene Wille auch jener Person gegenüber unwirksam gemacht werden können, welche, ohne Urheber des Zwanges zu seyn, aus dem Rechtsgeschäfte mit dem Gezwungenen etwas erworben hat, dann nämlich wenn der Zwang von einem Dritten bei dem Rechtsgeschäfte nicht Betheiligten ausgegangen ist.

Die Auflösung des erzwungenen Geschäftes hat naturgemäß die Verpflichtung zur Rückgabe des Geleisteten für den Empfänger der unter dem Einflusse des Zwanges gemachten Leistung zur Folge. Ist der letztere nicht zugleich Urheber der verübten Nöthigung, so kann er, je nachdem er von dem durch einen Dritten ausgeübten Zwange Kenntniß hat oder nicht, bei dem Erwerbe in gutem oder bösem Glauben seyn, und hienach richtet sich selbstverständlich der Umfang der gegen ihn erhobenen Rückforderungsklage, analog jenem bei der Eigenthumsklage. Inngleichen versteht es sich von selbst, daß der Kläger in Folge der von ihm verlangten Auflösung des Geschäfts dem Empfänger der erzwungenen Leistung Dasjenige erstatten müsse, was er selbst für diese Leistung von letzterem erhielt. Ist die geleistete Sache von dem Empfänger in den Besitz eines Dritten übergegangen, welcher von dem bei dem Rechtsgeschäfte in Mitte liegenden Zwange — ohne Unterschied ob dieser von dem ersten Empfänger der Sache oder von einem Dritten ausging — Kenntniß hatte, so ist unbedenklich auch gegen diesen unmittelbar eine Klage auf Rückgabe der Sache begründet. Fehlt es aber an dieser Kenntniß auf Seite des dritten Erwerbers, so erschien es (unter Abweichung vom gemeinen Rechte) geboten, um die Sicherheit des Verkehrs nicht zu gefährden, die Rückforderungsklage des Gezwungenen auszuschließen. — Die Widerrechtlichkeit der Ausübung eines Zwanges auf den Willen einer Person bei einem Rechtsgeschäfte

NB. [illegible]

muß endlich nach dem in Art. 52 Thl. II. ausgesprochenen Principe die Verpflichtung zum vollen Ersatze des durch den Zwang entstandenen Schadens unbedingt zur Folge haben, welche Verpflichtung den Urheber des Zwanges trifft, sei dieser ein bei dem Geschäfte nicht betheiligter Dritter, sei es der andere Theil selbst, welcher eine Leistung von dem Gezwungenen empfangen hat, daher nach Abs. 2 des gegenwärtigen Art. ohnehin schon zur Rückgabe des Geleisteten verpflichtet ist.

Ist Jemand durch absolute Gewalt zu einer an sich Rechte erzeugenden Handlung oder zu einem passiven Verhalten genöthiget und ihm eine Sache weggenommen worden, so existirt natürlich gar kein Rechtsgeschäft; es bedarf daher keiner Anfechtung, und da im letzteren Falle das Eigenthumsrecht an der Sache nicht verloren ging, kann dieselbe vindizirt, gleichwohl aber wegen der verübten Gewalt eine Schadenersatzklage nach den Bestimmungen des II. Theils Art. 52 geltend gemacht werden. **(Art. 20.)**

War der ausgeübte Zwang nicht der Beweggrund zur Vornahme oder zum Abschlusse des Rechtsgeschäftes überhaupt, sondern bloß für Nebenbestimmungen desselben bestimmend, so können natürlich nur diese der Anfechtung von Seite des Genöthigten unterliegen und es beschränkt sich der Entschädigungsanspruch auf jenen Schaden, welcher durch diese Nebenbestimmungen entstanden ist. **(Art. 21.)**

Für die Beurtheilung, ob die mittelst Drohungen bewirkte Furcht eine begründete im Sinne des Art. 20 Abs. 1 sey, läßt sich nur der allgemeine Grundsatz aufstellen: daß der Handelnde durch die Drohungen in den Glauben versetzt seyn müsse, er selbst oder seine Angehörigen seyen in Beziehung auf Person oder Vermögen mit einer erheblichen Gefahr bedroht. Hiebei kann aber darauf kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, ob die gedrohten Uebel geeignet waren, mit übermächtiger Gewalt auch auf einen Besonnenen und Festen Wirkung zu äußern. Sind vielmehr die gedrohten Uebel überhaupt nur von der bezeichneten Art, so ist für die Frage, ob anzunehmen sei, daß die Drohungen auf den Willen der bedrohten Person jene widerrechtliche Einwirkung wirklich geäußert haben d. h. dieselbe zur Handlung wirklich bewogen haben, die Rücksicht auf die konkreten Eigenschaften und Verhältnisse der bedrohten Person und auf die Wichtigkeit der bedrohten Interessen maßgebend, weil aus diesen Umständen zu ermessen ist, welchen Grad inneren Widerstands der Bedrohte zu entwickeln befähiget oder veranlaßt war. **(Art. 22.)**

b) Irrthum.

Durch einen Irrthum des Handelnden kann eine Willenserklärung veranlaßt werden, welche in der Wirklichkeit mit Dem nicht übereinstimmt, was der Handelnde wollte. Allein nur der Irrthum über die wesentlichen Momente eines Rechtsgeschäfts schließt den Willen und bei zweiseitigen Geschäften die Uebereinstimmung des Willens beider Theile gänzlich aus, so daß es an einer wesentlichen Voraussetzung der Giltigkeit des Rechtsgeschäfts mangelt. Dabei muß es nothwendig ohne Erheblichkeit erscheinen, ob der Irrthum ein entschuldbarer und selbst

NB. ein unvermeidlicher war, weil es auch dann, wenn dieß nicht der Fall war, dem

Rechtsgeschäfte doch an der Zustimmung, an der Vereinbarung der Theile, überhaupt gebricht. Der **Art. 23 Abs. 1** spricht den Grundsatz: daß der wesentliche Irrthum die Ungiltigkeit des Rechtsgeschäfts bewirke, aus, behält aber die Kennzeichnung der Fälle des wesentlichen Irrthums noch bevor und reiht sofort im **Abs. 2** den gegentheiligen Grundsatz hinsichtlich des außerwesentlichen Irrthums an, indem er, bezüglich der nur ausnahmsweisen Wirkung desselben für den Rechtsbestand eines Rechtsgeschäfts auf die ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes hinweist. —

Bei den Folgerungen aus dem Prinzipe der Ungiltigkeit eines unter dem Einflusse eines wesentlichen Irrthums entstandenen Rechtsgeschäfts erschien es angemessen, dem praktischen Bedürfnisse einen beschränkenden Einfluß zu gestatten. Folgerichtig müßte das wegen eines wesentlichen Irrthums nichtige Rechtsgeschäft dann, wenn nach Entdeckung des Irrthums der irrende Theil oder beide in Irrthum befangenen Parteien keine Veranlassung finden, eine Nichtigkeitserklärung zu erwirken, indem sie den materiellen Inhalt des an sich nichtigen Geschäfts für ihre Rechtsverhältnisse ausdrücklich oder stillschweigend gelten lassen wollen, von Neuem abgeschlossen werden und dessen Wirkung könnte erst von diesem Zeitpunkte an beginnen. Diese Folge müßte eintreten, einerseits weil etwas von Anfang an Nichtiges auch nicht ausdrücklich genehmiget werden und convalesziren kann, andererseits weil der Rechtssatz daß die im Bewußtseyn der Nichtschuld (des Irrthums) von dem Irrenden freiwillig bewirkte Zahlung nicht zurückgefordert werden kann, nicht kraft einer faktischen Genehmigung des nichtigen Geschäfts, sondern kraft der Eigenschaft der in diesem Bewußtseyn geleisteten Zahlung als eines für sich selbständigen und wirksamen Geschäfts eintritt. Die Anwendung des Systems der absoluten Nichtigkeit entspricht aber hier dem Rechtsleben nicht. Es empfiehlt sich vielmehr jene Auffassung, zufolge welcher nach erlangter voller Erkenntniß des Irrthums das Geschäft so, als wenn es von Anfang ohne Irrthum eingegangen worden wäre, aufrecht erhalten werden kann, sey es in Folge einer ausdrücklich hierauf gerichteten Willenserklärung, sey es dadurch, daß der Irrende seinerseits das Geschäft erfüllt oder die Gegenleistung des andern Theiles annimmt. Der Entwurf hat daher aus praktischen Gründen in dem Falle eines wegen wesentlichen Irrthums ungiltigen Rechtsgeschäfts durch die Bestimmung des **Art. 24** ein vermittelndes System adoptirt, welches die Doktrin als jenes der heilbaren Nichtigkeit bezeichnet.

Aus einer richtigen Begrenzung der rechtlichen Wesenheit eines Rechtsgeschäfts ergiebt sich (im Einklange mit der übereinstimmenden Anschauung der Doktrin), daß nur in den im **Art. 25** bezeichneten 3 Fällen das Daseyn eines wesentlichen Irrthums unbedingt angenommen werden könne. Derselbe kann bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ein einseitiger oder auch ein beiderseitiger seyn; wenn nämlich ein Mißverständniß der Parteien in Mitte liegt, welches ihre Uebereinstimmung in wesentlichen Punkten hindert, so kann entweder jede der Parteien oder nur eine derselben ein anderes Geschäft (vergl. Nr. 1 des Art. 25) oder einen anderen Vertragsgegenstand (vergl. Nr. 2) oder andere wesentliche Eigen-

schaften des letzteren (vergl. Nr. 3) im Sinne haben, worunter namentlich in der Regel der Irrthum über den Stoff, aus welchem eine Sache gebildet ist, fallen wird. —

Besteht bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte ein Mißverständniß nur über die Quantität einer Leistung und steht dieselbe mit einer Gegenleistung nicht in Beziehung, so muß der Vertrag jedenfalls auf jene Quantität gelten, auf welche der Wille beider Theile zusammentrifft, also auf die geringere Summe. Ebendasselbe gilt, wenn bei einem entgeltlichen Geschäft zwar die Quantität mit einer Gegenleistung in Beziehung steht, und der zu einer Gegenleistung Berechtigte eine größere Quantität seiner eigenen Leistung irrthümlich im Sinne hat; war er aber in der Meinung, es sey ihm für seine Leistung eine größere Gegenleistung, als wirklich der Fall ist, versprochen, so wirkt der Irrthum als ein wesentlicher und es ist ein giltiger Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen. Der Miether, welcher 100 als Miethgeld anbietet, während der Vermiether nur 80 im Sinne hat, hat natürlich auch 80 versprochen; hat dagegen der Vermiether 100, der Miether aber nur 80 im Sinne, so besteht kein Einverständniß. **(Art. 26.)**

Der Irrthum über die Person, welche das Rechtsgeschäft angeht oder mit welcher es abgeschlossen wird, kann gleichfalls nicht unbedingt als ein wesentlicher wirken, namentlich dann nicht, wenn aus den Umständen anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft ohne alle Rücksicht auf die Persönlichkeit des anderen Theiles, also mit der irrthümlich unterstellten Person gerade so von dem Irrenden abgeschlossen worden wäre. Außer solchen Fällen aber wird der Irrthum über die Identität der Person in der Regel als ein wesentlicher wirken, da regelmäßig die Rechtsgeschäfte — namentlich letztwillige — aus Rücksicht auf eine bestimmte Person eingegangen werden. Der Irrthum über Eigenschaften der Person allein erscheint dagegen in der Regel als ein außerwesentlicher, da die irrthümliche Voraussetzung gewisser Eigenschaften der Person in den meisten Fällen nur ein Irrthum in den Beweggründen ist. Gleichwohl kann ausnahmsweise davon, daß eine Person eine gewisse Eigenschaft habe, die Erfüllung einer Leistung schlechterdings abhängen, was vielfach bei persönlichen Leistungen der Fall seyn wird, so daß hier der hierauf sich beziehende Irrthum in der That zu einem Irrthum über die Identität der Person selbst wird. In dem erörterten Sinne stellt daher der **Art. 27** die Frage über die Beurtheilung des Irrthums in der Person oder über deren Eigenschaften als eine faktische hin, deren Lösung davon allein abhängt, ob anzunehmen ist, das Geschäft wäre ohne das Daseyn jenes Irrthums gar nicht eingegangen worden. — Nach den Bestimmungen der Art. 23—27 begrenzt sich das Feld des außerwesentlichen Irrthums von selbst; derselbe bewirkt niemals die Nichtigkeit, die Ungiltigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern gibt, und zwar nur in besonderen Fällen, bald einen Anspruch auf Auflösung des an sich giltigen Geschäfts, bald auf Verringerung der Gegenleistung oder auf Schadensersatz. Solche Fälle sind namentlich jene, in welchen der Irrthum die Eigenschaften, die Vorzüge oder die Rechtsverhältnisse einer Sache betrifft, ohne Unterschied, ob hiebei das Eigenthums- oder ein anderes Recht an der Sache in Frage kömmt.

Hierüber enthält der II. Theil das Recht der Schuldverhältnisse, die erforderlichen Bestimmungen.

Wird ein Rechtsgeschäft in den zulässigen Fällen durch einen freigewählten Stellvertreter abgeschlossen, so kömmt dasselbe hiedurch sofort unmittelbar zwischen dem Herrn des Geschäftes und dem Dritten zur Wirksamkeit (vergl. Th. II. Art. 705), so daß die Person des Stellvertreters als Subjekt des Rechtsgeschäfts, somit auch dessen Irrthum gar nicht in Betracht kömmt. Der Vertretene kann sich daher weder auf den Irrthum seines Stellvertreters berufen, noch kann ihm, wenn er sich auf seinen Irrthum beruft, wirksam entgegengehalten werden, sein Stellvertreter habe das wahre Sachverhältniß gekannt. Dagegen geht durch die Aufstellung eines gesetzlichen Stellvertreters der Vertretene, als Rechtssubjekt, in dem Vertreter hinsichtlich des Verkehrs mit Dritten völlig auf, daher in diesem Falle immer nur der Irrthum des Stellvertreters allein entscheiden kann. **(Art. 28.)**

c) Betrug.

Wird die Willensbestimmung des Handelnden bei einem Rechtsgeschäfte durch einen widerrechtlichen Betrug bewirkt, sey es durch den zu dem Geschäfte mitwirkenden anderen Theil, sey es durch einen Dritten, und ist hiedurch ein wesentlicher Irrthum entweder hervorgerufen oder ein schon vorhandener arglistig benützt worden, so ist das Geschäft schon kraft des in Mitte liegenden wesentlichen Irrthums nichtig. Es kann daher dessen Ungiltigkeit schlechthin, folglich dem anderen Theile gegenüber auch dann geltend gemacht werden, wenn dieser von dem durch einen Dritten verübten Betruge keine Mitwissenschaft hat. Gleichwohl kann auch hier, gemäß der bereits erörterten besonderen Bestimmung des Art. 24, die Aufrechthaltung des Geschäfts ausdrücklich oder faktisch bewirkt werden, so als wäre es von Anfang an ohne einen Betrug eingegangen worden. Ist aber durch den Betrug nur ein außerwesentlicher Irrthum hervorgerufen oder arglistig benützt worden, so muß, obwohl der Irrthum hier nur die Beweggründe betrifft, das Geschäft deswegen einer Anfechtung unterliegen, weil eine Widerrechtlichkeit auf die Willensbestimmung des Handelnden einwirkte. Das Geschäft kann aber gegen denjenigen, welcher hieraus Rechte ableitet, nur dann angefochten werden, wenn er den Betrug verübt hat. Der Grund, aus welchem der Zwang das Rechtsgeschäft auch jenem Theile gegenüber anfechtbar macht, welcher an dessen Ausübung keinen Antheil genommen hat (vergl. Motive zu Art. 20), trifft hier nicht zu; auch würde die Sicherheit des Verkehrs ohne Noth gefährdet werden, wenn für den Betrug eines Dritten der hieran ganz unbetheiligte andere Contrahent dadurch büßen müßte, daß der Vertrag infolge der Anfechtung durch den Betrogenen aufgelöst werden könnte. Es war daher hier kein Anlaß zu einer Abweichung von dem gemeinen Rechte gegeben. —

Ist der durch Betrug hervorgerufene Irrthum ein wesentlicher, so wird hiedurch allein schon die rechtliche Existenz eines verpflichtenden Willens bei dem Rechtsgeschäfte oder der Willensübereinstimmung bei einem zweiseitigen Geschäfte ausgeschlossen. Anders bei dem durch Betrug hervorgerufenen außerwesent-

lichen Irrthume, bei welchem eine Anfechtung des Geschäfts nur wegen der widerrechtlichen Einwirkung auf das Motiv des Rechtsgeschäfts Platz greift. Hier muß die widerrechtlich bewirkte Täuschung des Handelnden in einem Causalzusammenhange mit der Vornahme oder mit dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts stehen.

Ist somit nach der Beschaffenheit des durch Betrug bewirkten außerwesentlichen Irrthums anzunehmen, daß derselbe nicht den Beweggrund zur Eingehung des Rechtsgeschäfts überhaupt, sondern nur zu einer Verfügung oder zur Zustimmung in einem Nebenpunkte abgegeben habe, so muß natürlich das Anfechtungsrecht auf diesen beschränkt seyn. — Darauf, ob die durch einen betrüglich herbeigeführten außerwesentlichen Irrthum bei dem Handelnden entstandene Täuschung durch Unachtsamkeit des Letzteren erleichtert wurde, kann es nicht ankommen, weil das hier gegebene Rechtsmittel der Anfechtung lediglich in der Unrechtlichkeit auf Seite des Betrügers seinen Grund hat, welche durch die Unachtsamkeit oder Leichtgläubigkeit des Betrogenen nicht vermindert wird. — In jedem Falle endlich, sey es daß das Rechtsgeschäft wegen betrüglich erzeugten wesentlichen Irrthums nichtig oder wegen eines außerwesentlichen nur anfechtbar ist, wird durch die Widerrechtlichkeit, vermöge einer Urheberschaft oder Mitwissenschaft des Betrugs, sowohl gegen den bei dem Geschäfte mitwirkenden anderen Theil als gegen den Dritten die Verbindlichkeit zum Ersatze des vollen Schadens begründet, welcher dem Betrogenen durch den Betrug zugefügt wurde. **(Art. 29.)**

Für die wegen Zwangs oder wegen eines durch Betrug herbeigeführten außerwesentlichen Irrthums anfechtbaren Rechtsgeschäfte, welche aber bis zur Anfechtung an sich gültig und wirksam sind, macht sich im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs ein Bedürfniß zur Abkürzung der Verjährungszeit für die Anfechtungsklage geltend; selbstverständlich aber nur insoferne, als solche Geschäfte von dem Anfechtungsberechtigten vollzogen sind, denn im gegentheiligen Falle fällt das Anfechtungsrecht in das Gebiet der Einrede, der Vertheidigung wider die auf den Vollzug des anfechtbaren Geschäftes von dem anderen Theile gerichtete Klage und kann daher keiner Verjährung unterliegen (vgl. Art. 84 Abs. 1). Mit dem Ablaufe der Verjährungszeit für die Anfechtungsklage wird das Geschäft selbstverständlich ebenso unanfechtbar, wie durch einen Verzicht oder durch eine ausdrückliche oder thatsächliche Bekräftigung (vgl. Art. 85—88). Ist ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft nichtig und noch nicht zum Vollzuge gekommen, will aber ein dabei Mitwirkender gegen den Anderen daraus einen Anspruch auf den Vollzug ableiten, so kömmt die Nichtigkeit ebenso wie die Anfechtbarkeit im Wege der Vertheidigung zur Geltung und es kann gleichfalls eine Verjährung nicht eintreten. War dagegen dem Abschlusse eines nichtigen Rechtsgeschäftes ein Vollzug gefolgt, so ist bei manchen Gründen der Nichtigkeit die Anstellung einer Klage auf Vernichtung des Geschäftes gar nicht nöthig, indem eben vermöge des in Art. 80 Abs. 1 ausgeprägten Prinzips dasjenige Recht geltend gemacht wird, welchem das nichtige Geschäft scheinbar entgegensteht, was aber wegen der Nichtigkeit in der Wirklichkeit nicht der Fall ist. Es kann daher in solchen Fällen auch von einer Verjährung der Nichtigkeitsklage keine

Rede seyn. In anderen Fällen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes aber erscheint es sachgemäß, die Anstellung einer Klage auf Vernichtung des Geschäftes bei Vermeidung der Verjährung in einer abgekürzten Frist vorzuschreiben, um dadurch früher einen gesicherten Rechtszustand herbeizuführen, als dieß der Fall wäre, wenn die Klage aus jenem Rechtsverhältnisse, welchem das nichtige Rechtsgeschäft scheinbar entgegensteht, bis zum Ablaufe der gewöhnlichen Verjährungszeit derselben zugelassen würde. Beruht namentlich der Grund der Nichtigkeit eines vollzogenen Rechtsgeschäftes auf einem wesentlichen Irrthume (vgl. Art. 23 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1), so erscheint es besonders im Interesse der Sicherheit des Verkehrs geboten, jene Zeit, inner welcher der durch den Vollzug herbeigeführte thatsächliche Zustand wieder vernichtet werden kann, möglichst abzukürzen, daher die Klage auf Vernichtung des Geschäftes, folgeweise auf Rückerstattung des Geleisteten und auf Schadensersatz einer abgekürzten Verjährung zu unterwerfen. Durch den Eintritt der Verjährung kömmt natürlich das wegen eines wesentlichen Irrthums nichtige Geschäft geradeso rückwärts zur vollen Giltigkeit, als wenn es ausdrücklich oder faktisch aufrecht erhalten worden wäre (vgl. Art. 24). Die Verjährungszeit von zwei Jahren, welche der Entwurf für die Anfechtungsklage wegen Zwangs und Betruges, sowie für die Klage auf Vernichtung des Geschäftes wegen wesentlichen Irrthums festsetzt, dürfte dem Bedürfnisse angemessen erscheinen. In der Natur der Sache aber liegt es, daß diese Verjährungszeit von da an laufen müsse, wo der Irrthum entdeckt wird und die Wirkung des Zwanges aufhört. **(Art. 30.)**

4. Stellvertretung.

Die Abschließung von Rechtsgeschäften kann in der Regel auch durch Stellvertreter geschehen, und zwar für alle Personen, ohne Unterschied, ob dieselben vollkommen handlungsfähig oder dieß nur in beschränkter Weise oder völlig handlungsunfähig sind, und zwar mit der — im deutschen Rechte auch bei der freiwilligen Stellvertretung begründeten — für den Rechtsverkehr wichtigen Folge, daß das Geschäft ganz so gilt, als ob es die vertretene Person selbst abgeschlossen hätte, sie daher unmittelbar in das durch den Stellvertreter abgeschlossene Geschäft eintritt, und der Erwerb hieraus ihr ebenso unmittelbar zufällt, als sie die Verpflichtung hieraus trifft. Die Stellvertretung kann aber vermittelt und begründet werden entweder durch den Willen der vertretenen Person oder durch gesetzliche Vorschrift (vgl. Art. 32). Die Bestimmungen, durch welche eine freiwillige Stellvertretung ausgeschlossen ist, gelten auch für die gesetzliche, so z. B. bei letztwilligen Verfügungen und bei der Ehe, können aber erst in den besonderen Theilen des Gesetzbuches ihre Stelle erhalten, wogegen die Bestimmungen über die Vertretung der juristischen Personen, — welche, da ihre Persönlichkeit auf einer bloßen Fiktion beruht, nicht unmittelbar handlungsfähig sind — im allgemeinen Theile des Gesetzbuches eine passende Stelle finden werden. **(Art. 31.)**

Die freiwillige Stellvertretung beruht auf einem Auftrage, welcher von einer vollkommen handlungsfähigen Person ausgeht; es ist daher das hiedurch zwischen

dem Geschäftsherrn und dem Stellvertreter begründete Verhältniß nach den besonderen Bestimmungen über das Mandat (Thl. II. Hptst. 15) zu beurtheilen. **(Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1.)**

Handlungsunfähige (vgl. Art. 3 Nro. 1 und 2) und juristische Personen (vgl. Art. 31 Abs. 1) können natürlich von dem vermögensrechtlichen Verkehre nicht ausgeschlossen seyn, weßhalb denselben Pfleger oder Verwalter bestellt werden, welche für dieselben Rechtsgeschäfte abschließen und ihnen dadurch Rechte erwerben und Verpflichtungen auferlegen, indem dieselben als durch das Gesetz beauftragte Vertreter handeln. Aber auch für an sich willensfähige, jedoch in ihrer juristischen Handlungsfähigkeit beschränkte Personen (vgl. Art. 4) werden gesetzliche Stellvertreter bestellt, weil jene Personen in vielen Beziehungen ohne Zustimmung ihrer Vertreter wirksam nicht handeln und sie durch letztere, selbst gegen ihren Willen und ohne ihr Wissen, unmittelbar berechtiget und verpflichtet werden können.

Die nothwendige Stellvertretung, welche für alle diese Personen besteht, kann aber entweder unmittelbar auf der Vorschrift des Gesetzes oder auf einer obrigkeitlichen Anordnung oder auch auf einem Rechtsverhältnisse beruhen, welches, unabhängig von dem Willen des Geschäftsherrn, die Wirkung äußert, daß dessen Handlungsfähigkeit beschränkt und er in einer bestimmten Richtung durch einen Anderen vertreten wird, wie dieß z. B. im ehelichen Güterrechte vorkömmt. Die einzelnen Fälle dieser nothwendigen Stellvertretung, die Rechte und Pflichten der Vertreter und die durch ihre Geschäftsführung begründeten Rechtsverhältnisse müssen den Bestimmungen der besonderen Theile des Gesetzbuches vorbehalten bleiben (Art. 32 Abs. 2, Art. 33 Abs. 2). Hier — im allgemeinen Theile — konnte aber schon das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welches nach dem ältern Recht bezweckt, die Benachtheiligungen der mit gesetzlichen Stellvertretern versehenen Personen aus der Geschäftsführung ihrer Vertreter wieder auszugleichen, prinzipiell ausgeschlossen werden, und zwar im Einklange mit der neueren Gesetzgebung. Es geschieht dieß durch die Bestimmung des **Art. 33 Abs. 3**, wonach jene Personen durch die von ihren gesetzlichen Vertretern abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ebenso berechtiget und verpflichtet werden, wie vollkommen handlungsfähige Personen aus den von ihren Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäften. Das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint nemlich für die Wahrung der Interessen jener gesetzlich vertretenen Personen einerseits entbehrlich durch die Beschränkungen und durch die obrigkeitliche Ueberwachung, welche das Gesetz bezüglich der Geschäftsführung jener Vertreter vorschreibt; andrerseits aber gefährdet es selbst die Interessen jener Personen, indem dadurch das Vertrauen untergraben wird, welches die äußerlich gesetzlich abgeschlossenen Geschäfte jener Personen im Verkehre genießen müssen.

Zweite Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

I. Bedingungen.

In den allgemeinen Theil des Gesetzbuches mußten auch allgemeine für alle Arten von Rechtsgeschäften geltende Grundsätze über die Nebenbestimmungen derselben, nämlich über Bedingungen, Zeit- und Zweckbestimmungen, aufgenommen werden. Infolge einer Gleichstellung der Wirkungen der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Rechtsgeschäften unter Lebenden und solchen auf den Todesfall — welche Gleichstellung im Systeme des Entwurfs (abweichend von andern Gesetzgebungen, welche das gemeine Recht hier zur Grundlage haben) liegt — ist zu einer gesonderten Behandlung dieser Bestimmungen im Obligationen- und im Erbrechte kein Anlaß mehr gegeben. Bei der Darstellung der Grundsätze über die Bedingungen wird aber immerhin die *Zulässigkeit* der Beifügung von Bedingungen überhaupt bei dem betreffenden Rechtsgeschäfte vorausgesetzt und es bleibt den besonderen Theilen des Gesetzbuches vorbehalten, Ausnahmsbestimmungen bezüglich dieser Zulässigkeit aufzustellen.

Aus dem Wesen der Bedingung, als eines seinem Eintritte nach *ungewissen künftigen Ereignisses*, von dessen Eintreten oder Ausbleiben vermöge einer *willkürlichen Festsetzung* der Handelnden das Entstehen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes oder die Wiederauflösung der bereits begründeten Wirksamkeit eines Geschäftes — der Rückfall des erworbenen Rechts — abhängig gemacht wird **(Art. 34 Abs. 1)**, ergibt sich, daß die hier aufgestellten eigenthümlichen Grundsätze nicht zur Anwendung kommen, wenn *keine wahre Bedingung* vorliegt. Dieß ist aber der Fall:

1) wenn ein schon an sich gesetzliches Erforderniß oder eine natürliche Voraussetzung des Rechtsgeschäfts von den Betheiligten noch ausdrücklich als Bedingung hingestellt wird,
2) wenn das als Bedingung bezeichnete Ereigniß kein künftiges ungewisses ist, indem es entweder schon vor dem Abschlusse des Geschäfts eingetreten ist oder mit dessen Abschlusse eintritt.

Für den zweiten Fall trifft der Art. 51 besondere Verfügung; in dem ersten Falle aber wird, vermöge des in **Art. 34 Abs. 2** aufgestellten Prinzips, das an eine natürliche Voraussetzung des Geschäfts geknüpfte Recht, *sofort* und nicht erst mit dem thatsächlichen Eintritte jener Voraussetzung erworben. So z. B. wird ein Legat, welches mit dem Zusatze zugewendet ist: wenn der Erbe die Erbschaft annimmt, nach des Erblassers Tode sofort von dem überlebenden Legatar erworben und geht von diesem auf dessen Erben über, wenn auch die Erklärung des Erben über die Annahme der Erbschaft erst hinterher, nach des Legatars Ableben, erfolgt. Soll jedoch der Eintritt einer natürlichen Voraussetzung eines Rechtsgeschäfts *auflösend* wirken, so gilt das Geschäft als gar nicht

geschlossen, weil dessen Wiederauflösung sofort unbedingt eintreten müßte. Diese Art der uneigentlichen Bedingung kann auch als rechtlich nothwendige bezeichnet werden und eine ganz gleiche Wirkung muß natürlich auch dann eintreten, wenn das als Bedingung bezeichnete Ereigniß ein solches ist, dessen Eintritt oder Ausbleiben physisch nothwendig ist. Die Sache ist nämlich eben so zu betrachten, wie wenn ein als Bedingung gesetztes Ereigniß, dessen Eintritt kein nothwendiger ist, bereits zur Zeit des Geschäftsabschlusses wirklich eingetreten oder ausgeblieben wäre (vergl. Art. 51.) — Demnach beherrscht ein und dasselbe Prinzip die im Art. 34 Abs. 2 bezeichneten uneigentlichen Bedingungen, welches nur in einem weniger seltenen Falle, nämlich in jenem des Art. 51 eines besonderen Ausdrucks bedurfte. Die Wirkungen jener weiteren gleichfalls uneigentlichen Bedingungen aber, welche als unmögliche oder als unerlaubte erscheinen, werden in den Art. 52 ff. besonders behandelt.

Die Kennzeichnung der Arten der Bedingung, welche der **Art. 35** je nach dem Einflusse aufstellt, den die Willkür eines der bei dem Rechtsgeschäfte Betheiligten auf den Eintritt oder das Ausbleiben der Bedingung ausübt, bedarf nur insoferne einer Rechtfertigung, als die Begriffsbestimmung der potestativen Bedingung nicht bloß auf eine willkürliche Handlung oder Unterlassung desjenigen, welcher bedingt berechtiget werden soll, sondern allgemein auf die willkürliche Handlung „eines Betheiligten" gestellt ist, so daß es hienach auch als eine wahre Bedingung gilt, wenn das bedingende Ereigniß an eine willkürliche Handlung oder Unterlassung des zu Verpflichtenden, geknüpft ist. Es mußte hier unterschieden werden zwischen Verbindlichkeiten, deren Anerkennung und Erfüllung direkt auf das Wollen des Schuldners gestellt ist und jenem Falle, in welchem nicht dieses direkte Wollen oder Nichtwollen sondern eine anderweitige, äußere Handlung oder Unterlassung des Schuldners zur Bedingung des Geschäfts gemacht ist. In dem ersten Falle fehlt es schlechthin an dem zwingenden Charakter, den jede Verbindlichkeit haben muß; in dem zweiten Falle kann zwar der Schuldner durch seine willkürliche Thätigkeit den Eintritt der Bedingung hindern, allein der Eintritt seiner Schuld hängt nicht bloß von seinem Wollen ab, sondern wenn er die betreffende äußere Handlung begeht oder unterläßt, so tritt seine Schuld ein, er mag deren Anerkennung oder Erfüllung wollen oder nicht. Diese Unterscheidung prägt sich in Abs. 2 des Art. 35 aus. Unwirksam ist also ein Geschäft, welches so abgeschlossen ist, daß der Schuldner eine Leistung machen solle, falls er will. Wirksam aber ist das abgeschlossene Geschäft, wenn bestimmt ist, daß Jemand eine Leistung machen solle, wenn er eine bestimmte andere Handlung begeht oder unterläßt.

Die Begriffsbestimmung der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung (**Art. 36**) bedarf keiner Rechtfertigung. Oft aber ist es zweifelhaft, ob durch die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Bedingung das Entstehen des Rechtsgeschäfts selbst suspendirt oder ob davon nur die Wiederauflösung Dessen, was durch das Rechtsgeschäft ins Leben getreten ist, abhängig gemacht werden solle. Bei der

Lösung dieses Zweifels muß der Absicht der Handelnden, soweit solche nach den Umständen erforschbar ist, naturgemäß der Vorzug vor dem Gebrauche gewisser Worte bei dem Abschlusse des Geschäfts gegeben werden, mit welchen häufig das richtige Verständniß ihrer rechtlichen Bedeutung nicht verbunden ist. Kann aber der Zweifel aus den gebrauchten Worten nicht gelöst werden und läßt sich auch eine bestimmte Absicht der Betheiligten mit Sicherheit nicht erforschen, so muß das Gesetz für das Vorliegen einer Resolutivbedingung eine Vermuthung aufstellen, weil die Absicht, ein Rechtsverhältniß wirklich, wenngleich nur auf eine bestimmte Dauer, zu schaffen, näher liegt, als der Wille, die wirksame Entstehung eines Rechtsverhältnisses völlig ins Ungewisse zu setzen. Diese gesetzliche Annahme muß namentlich dann eintreten, wenn die bedingt zugesagte Sache vor dem Eintritte der Bedingung dem bedingt Berechtigten bereits übergeben wurde. Es liegt ein thatsächlicher Vollzug der Zusage vor, welcher einem noch nicht zur Wirksamkeit gelangten Rechtsgeschäfte nicht gegeben zu werden pflegt. **(Art. 37.)**

Die Art. 38 u. ff. bestimmen die Wirkung der Bedingung in ihren drei möglichen Momenten, nämlich des Schwebens, des Wegfalls und der Erfüllung. — Bei der aufschiebenden Bedingung ist zwar der Erwerb des zugesagten Rechts noch völlig ins Ungewisse gesetzt: der bedingt Verpflichtete ist noch nicht Schuldner des bedingt Berechtigten und der letztere ist nur insoferne Gläubiger, als ihm, gleichwohl vermöge eines Rechts, die Aussicht auf den späteren Erwerb gegeben ist. Demungeachtet ist das Rechtsgeschäft — (wenn es ein Geschäft von Todeswegen ist, nach dem Tode des Erblassers für die Erben) — ein sofort bindendes. Es entsteht aus demselben immerhin der Anspruch, in einem gewissen Falle das zugesagte Haupt-Recht unbedingt und wirklich zu erwerben. Dieser wohlerworbene Anspruch kann daher dem Bedingtberechtigten nicht mehr willkürlich entzogen werden. Die Folgen hieraus ergeben sich mit Nothwendigkeit. Rechte und Verpflichtungen aus einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte müssen während des Schwebens der Bedingung übertragbar auf Dritte sowie auf die Erben der Betheiligten seyn. Keiner der Betheiligten kann mehr willkürlich von dem Geschäfte abgehen; der Bedingtverpflichtete haftet dem Bedingtberechtigten für Schadenersatz, wenn er durch Absicht oder Fahrlässigkeit den Eintritt der Bedingung, den Erwerb des Berechtigten, hindert und ist demselben zur Sicherheitsleistung im Falle durch ihn der Rechtserwerb gefährdet wird verpflichtet. Eine Anwendung dieser letztbezeichneten Folge ist z. B. auch die Befugniß des Bedingtberechtigten, seinen bedingten Anspruch in dem Conkurse des Bedingtverpflichteten geltend zu machen. **(Art. 38.)**

Tritt die aufschiebende Bedingung ein, so kömmt natürlich das Rechtsgeschäft zur vollen Wirksamkeit und ist sofort zu vollziehen. Bezüglich des Zeitpunkts aber, von welchem an der Erwerb des Rechts auf Seite des Bedingtberechtigten sich datirt, muß der Wille der Betheiligten in dem Sinne aufgefaßt werden, als sey das zugesagte Recht schon zur Zeit der Zusage eingeräumt, in der Voraussetzung nämlich, daß später die Bedingung eintritt. Diese Zurückbeziehung der aufschiebenden Bedingung auf die Zeit des Geschäftsabschlusses kann aber nur

unter der höchst wichtigen Beschränkung gelten, daß zur Zeit des Geschäftsabschlusses auch alle übrigen Erfordernisse des Rechtserwerbs vorhanden waren. Die Folgen dieser Beschränkung bezüglich des Eigenthumserwerbs bilden den Gegenstand der besonderen Bestimmung des Art. 40; im Allgemeinen aber ist es unzweifelhaft, daß durch den bloßen Eintritt der Bedingung nicht auch ein, bei dem Abschlusse des Geschäfts vorhandener anderer Mangel des Erwerbs gehoben werden könne. Das Fehlende muß daher nachgeholt werden und erst von da an kann die davon abhängige Wirkung eintreten. So z. B. wird, wenn die Wirksamkeit des Pfandrechts an Liegenschaften an den Eintrag in das öffentliche Buch geknüpft ist, ein bedingtes Pfandrecht für eine unbedingte Schuld oder ein Pfandrecht für eine bedingte Schuld nach dem Eintritte der Bedingung nur dann von dem Zeitpunkte der Bestellung an gegen Dritte (die Erwerber späterer Pfandrechte) wirken können, wenn es im öffentlichen Buche schon zur Zeit der Bestellung eingetragen war. **(Art. 39 Abs. 1.)** Der Grundsatz der Zurückziehung der Wirkung des Eintritts der aufschiebenden Bedingung hinsichtlich des Rechtserwerbs auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses kann aber nicht auf die Fälligkeit der bedingten Schuld Anwendung finden. Die Fälligkeit, als etwas rein faktisches, kann nicht zurückdatirt werden; derjenige, von welchem bis zum Eintritte der Bedingung ungewiß war, ob er Schuldner werde, kann hinterher nicht so behandelt werden, als wenn er von Anfang an als Schuldner hätte zahlen sollen. **(Art. 39 Abs. 2.)** Die streitige Frage endlich, ob die Rückziehung der Wirkung des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung auch bei einer potestativen Bedingung stattfinden könne, ist in dem **Abs. 3 des Art. 39** im Rückblick auf die bei Art. 35 erörterte Unterscheidung zwischen einer giltigen willkürlichen Bedingung und einer auf das bloße Wollen des Verpflichteten gestellten Verbindlichkeit, gelöst. Der durch eine im obenerörterten Sinne zulässige potestative Bedingung Verpflichtete kann mit dem von dem anderen Theile erworbenen Rechte (vgl. die Motive zu Art. 38 Abs. 2) nicht nach seiner bloßen Willkür verfahren, daher dieses Recht auch nicht willkürlich beschränken; es steht ihm vielmehr nur zu, durch die Vornahme oder Nichtvornahme einer gewissen äußeren Handlung den Eintritt der Bedingung überhaupt zu verhindern, woraus sich aber nicht folgern läßt, daß wenn dieser Fall nicht eintritt, folglich die Bedingung zu Gunsten des Bedingtberechtigten sich erfüllt, dieser Letztere seinen Erwerb nicht auf die von Anfang an bindende Zusage des Verpflichteten zurückdatiren könne.

Bei einer bedingten Zusage der Uebertragung des Eigenthums einer Sache kann infolge des Eintritts der Bedingung der Eigenthumserwerb nicht auf die Zeit der Zusage zurückbezogen werden, weil das Eigenthum nur mittelst Uebergabe der Sache erworben, der faktische Zustand des Besitzes aber nicht zurückdatirt werden kann. Daher geht das Eigenthum einer bedingt zugesagten Sache nicht schon mit dem Eintritte der Bedingung sondern erst mit der nachgefolgten Uebergabe der Sache auf den Bedingtberechtigten über. Dieser hat folglich bis dahin nur ein persönliches Recht auf Uebertragung des Eigenthums, so daß der

Bedingtverpflichtete Eigenthümer verbleibt, folglich die von ihm auf die Sache gelegten Belastungen, selbst die Veräußerung an einen Dritten, in Kraft bleiben und dem Bedingtberechtigten hieraus nur persönliche Ansprüche auf vollen Schadenersatz zustehen, soferne er nicht sein bedingtes Recht den Vorschriften des III. Theils — über das Grund- und Hyp.-Buch — gemäß durch Eintragung gegen Dritte gewahrt hat. Anders ist das Verhältniß, wenn die bedingt zugesagte Sache schon vor dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung dem Bedingtberechtigten übergeben wurde. Hier ist das Erforderniß des Eigenthumserwerbs, die Besitzübertragung, schon von Anfang an auf Seite des Bedingtberechtigten vorhanden. Derselbe wird infolge der Rückziehung der Bedingung daher auch rückwärts Eigenthümer, sowie auch das Eigenthum des Bedingtverpflichteten an der Sache ebenfalls rückwärts aufgelöst und dieser demnach so angesehen wird, als ob er schon zur Zeit der Uebergabe nicht mehr Eigenthümer gewesen wäre. Alle von dem Verpflichteten allenfalls Dritten auf die Sache eingeräumten Rechte müssen daher aufgelöst werden, soferne nicht durch die besonderen Bestimmungen des Sachenrechts, namentlich jener über das Grund- und Hypothekenbuch, hinsichtlich der Liegenschaften Ausnahmen begründet sind. **(Art. 40.)**

Aus dem im Art. 39 Abs. 2 aufgestellten Satze: daß die Fälligkeit der Schuld nicht auf die Zeit des Abschlusses des Geschäfts infolge des Eintritts der aufschiebenden Bedingung zurückbezogen werden könne, folgt nothwendig auch die Lösung, welche die bestrittene Frage: wem die Zwischenfrüchte der Sache, nämlich die nach Abschluß des Geschäfts bis zum Eintritt der Bedingung aus der lediglich zugesagten Sache von dem Bedingtverpflichteten gezogenen Früchte mit dem Eintritte der Bedingung gehören, im **Art. 41** gefunden hat. Wenn ferner auch mit dem Momente des Eintritts der Bedingung die Fälligkeit der Schuld begründet wird, so wird doch die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der Früchte der Sache in der Regel erst mit dem Eintritte des Verzugs existent (vergl. Thl. II Art. 124 ff.), soferne nicht anderweitige besondere gesetzliche Bestimmungen das Gegentheil festsetzen. Daher die Bestimmung des Abs. 2.

In dem Falle der Deficienz der aufschiebenden Bedingung kömmt das Rechtsgeschäft nicht zur Wirksamkeit und wird als nicht abgeschlossen betrachtet. Hat aber von Seite des Bedingtverpflichteten bereits die Uebergabe der Sache an den Bedingtberechtigten stattgefunden, so ist das Recht der Vindikation nach den Bestimmungen des III. Theils des Gesetzbuches vom Sachenrecht zu beurtheilen. Gegen den Bedingtberechtigten selbst aber hat der Verpflichtete natürlich auch eine persönliche Klage auf Herausgabe der Sache sammt den davon bezogenen Früchten, soweit solche noch vorhanden sind, sowie auf Ersatz des der Sache aus Schuld des Bedingtberechtigten zugegangenen Schadens. **(Art. 42.)**

Durch die auflösende Bedingung wird weder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch der Erwerb des zugesagten Rechts sondern lediglich die Wiederauflösung des Geschäfts, der Rückfall des erworbenen Rechts ins Ungewisse gesetzt. Während des Schwebens der Bedingung besteht daher lediglich die Möglichkeit einer Wiederauflösung des Geschäfts, eines Rückfalls des Rechts; das Geschäft

selbst besteht in voller Wirksamkeit und ist daher seinem vollen Inhalte nach auch zu vollziehen. Mit dieser Eventualität der Wiederauflösung kann das Rechtsverhältniß auch auf die Rechtsnachfolger der Parteien übergehen, und da das Rechtsgeschäft ein vollkommen bindendes ist, so müssen ganz dieselben Grundsätze gelten, welche sich als Folgerungen hieraus ergeben und bereits bei dem Schweben der aufschiebenden Bedingung (vgl. Art. 38 Abs. 3 und 4) aufgeführt wurden.

(Art. 43.)

Hinsichtlich der Wirkungen des Eintritts der auflösenden Bedingung geht der Entwurf von dem an sich folgerichtigen, gemeinrechtlichen Principe der Rückbeziehung der Wirkungen des Eintritts der Bedingung auf die Zeit des Geschäftsabschlusses ab, obgleich dasselbe den meisten Gesetzgebungen zu Grunde liegt. Die nothwendigen Folgerungen aus diesem Principe: daß jede Wirkung, welche das Rechtsgeschäft bis zum Eintritte der Bedingung hatte, zusammenfalle und jener Zustand wieder eintrete, welcher vor dem Abschlusse des Geschäfts bestand; daß namentlich das von dem Rückerwerber dem andern Theile eingeräumte Eigenthum an der übergebenen Sache ganz so wieder an ihn zurückfällt, als wenn er die Sache nicht weggegeben hätte, daß er daher die letztere nicht nur von dem Empfänger sondern auch von jedem Dritten mit der Eigenthumsklage zurückfordern kann und die von dem Erwerber mittlerweile auf die Sache gelegten Lasten (Hypotheken und Servituten) unbedingt erlöschen, — stehen nicht im Einklange mit der gewöhnlichen Auffassung im Rechtsverkehre und empfehlen sich, insbesondere wegen der bezeichneten Wirkungen gegen Dritte, nicht zur Aufnahme in ein neues Gesetzbuch. Die deutsche Partikulargesetzgebung mußte daher bei dem Systeme der Rückbeziehung im Interesse der Sicherheit des Verkehrs schon die Nothwendigkeit anerkennen, dem Dritten, welcher von dem Rechte des Rückerwerbers keine Kenntniß hat, daher in gutem Glauben ist, gegen die obenbezeichneten Folgen Schutz zu gewähren und hat daher den Eintritt dieser Folgen bei Liegenschaften und namentlich bezüglich der Hypotheken an die Bedingung geknüpft, daß das Rückfallrecht in dem öffentlichen Buche eingetragen war. — Der Entwurf stellt nun im **Art. 44** das gegentheilige Princip als die Regel auf, soferne nämlich nicht die Geltung des Systems der Zurückbeziehung ausdrücklich oder stillschweigend von den Parteien vereinbart erscheint. Hienach tritt die Wiederauflösung des Geschäfts mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung blos für die Gegenwart und die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit ein. Der Rückerwerber hat auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erwerber und dessen Schuldnachfolger auf Zurückgabe des Geleisteten, und soweit dies aus Schuld des Erwerbers nicht möglich oder eine Verschlechterung, eine Werthsminderung durch Belastungen eingetreten ist, auf Ersatz. Der Rückerwerber kann daher die von dem Erwerber veräußerte Sache von dem Dritten nicht vindiziren und die von dem ersteren auf die Sache mittlerweile — d. h. vor dem Eintritte der auflösenden Bedingung — gelegten Belastungen (Hypotheken 2c.) bleiben in Kraft. Inwieferne hievon eine Ausnahme dann eintritt, wenn das Rückübertragungsrecht im Grund- und Hypotheken-

buche eingetragen ist oder der dritte Erwerber hievon Kenntniß hat, ist nach den im Thl. III. des Entwurfes gegebenen näheren Bestimmungen zu beurtheilen. Da indessen bereits in den Fällen der Art. 364, 369, 372 und 376 Thl. II. die Wirksamkeit der Rückübertragungsverträge gegen Dritte unter gewissen Bedingungen adoptirt ist, so mußte das diesen Bestimmungen zu Grunde liegende Princip auch hier vor der Hand zur Anwendung kommen.

Das vom Entwurfe aufgestellte Princip entspricht endlich auch der in der Natur des Verhältnisses begründeten Annahme: daß die von dem Erwerber von der Sache bezogenen Früchte demselben, wenn auch die auflösende Bedingung eintritt, schlechthin verbleiben. Haben aber die Parteien die Zurückbeziehung der Wirkung des Eintritts der auflösenden Bedingung in dem Sinne des bisher geltenden Systems ausdrücklich vereinbart oder läßt sich diese Absicht aus den Umständen mit Sicherheit annehmen, so muß folgerichtig der Erwerber die Früchte der Zwischenzeit dem Rückerwerber herausgeben, soferne nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt ist. **(Art. 45 Abs. 1.)** Für den Fall einer solchen auf Privatwillen beruhenden ausnahmsweisen Zurückbeziehung der Wirkung der auflösenden Bedingung auf die Zeit des Geschäftsabschlusses wird das Recht des Rückerwerbberechtigten, — die von dem Erwerber bewirkte Veräußerung der Sache gegenüber dem Dritten und die auf die Sache gelegten Belastungen anzufechten, — von der Kenntniß des Rückfallrechts auf Seite des Dritten oder davon abhängig gemacht werden müssen, daß der Rückfallberechtigte die Eintragung seines Rückfallrechts im öffentlichen Buche — nach den näheren Bestimmungen des III. Theiles — bewirkt hatte. Deshalb der Vorbehalt des **Art. 45 Abs. 2.**

Der Wegfall der auflösenden Bedingung, mit welchem auch die Möglichkeit der Wiederauflösung des Rechtsgeschäfts wegfällt, hat nichts Eigenthümliches an sich, weshalb die Bestimmung des **Art. 46** keiner weiteren Rechtfertigung bedarf.

Die Art. 47—50 wenden sich noch besonders zu der Kennzeichnung der Erfüllung und des Wegfalls der eigentlichen Bedingungen. In dieser Richtung bedarf der **Art. 47**, welcher die wirkliche und vollständige Erfüllung charakterisirt, keiner Rechtfertigung. Ausnahmsweise muß aber in einigen Fällen die Wirkung der Erfüllung einer Bedingung vermöge einer rechtlichen Fiktion auch dann eintreten, wenn eine Erfüllung in der Wirklichkeit nicht vorliegt. Bezielt vorerst die Erfüllung der Bedingung, daß daraus einem Dritten ein Vortheil zugehen solle, so muß es so angesehen werden, als sey dieselbe wirklich erfüllt, wenn jener Dritte auf den zugedachten Vortheil verzichtet, insoferne nämlich in Folge des Verzichts die Bedingung einen weiteren Zweck nicht mehr hat. Ferner muß die Bedingung gleichfalls als erfüllt gelten, wenn Derjenige, welcher infolge ihres Eintritts eine Verpflichtung oder eine Last auf sich nehmen soll, den Eintritt der Bedingung selbst hindert, weil hier durch eine rechtswidrige eigennützige Einwirkung die Ungewißheit und Zufälligkeit der Bedingung aufgehoben wird. Ist jedoch die Bedingung, ganz oder theilweise eine willkürliche (vergl.

Art. 35 Abs. 1), so verwirkt natürlich Derjenige, welcher durch die Bedingung verpflichtet oder belastet werden soll, dadurch noch nicht die Fiktion des Eintritts der Bedingung, daß er durch seine willkürliche Thätigkeit, insoweit solche nach dem Sinne der Bedingung eine berechtigte ist, den Eintritt der letzteren hindert. **(Art. 48.)** — Andere Ausnahmen, vermöge welcher die Wirkung der Erfüllung einer Bedingung kraft einer Fiktion eintritt, führt der Entwurf nicht auf, weil die von manchen Rechtslehrern weiter aufgestellten Fälle der Natur des Rechtsverhältnisses widersprechen. So enthält sich namentlich der Entwurf der von den angesehensten Rechtslehrern als irrig erkannten Aufstellung, daß eine Potestativbedingung als erfüllt gelte, wenn ein Zufall ihre Erfüllung unmöglich macht, und wendet sich sofort zu dem keiner Rechtfertigung bedürfenden Satze, daß eine nicht vollständige Erfüllung der Bedingung schlechthin — also auch wenn eine theilbare, von Mehreren zu bewirkende Leistung der Gegenstand ist — so angesehen werden müsse, als sey dieselbe gar nicht erfüllt. **(Art. 49.)**

Die in **Art. 50** enthaltene Kennzeichnung des Wegfalls der Bedingung, je nachdem dieselbe eine bejahende oder verneinende ist, bedarf als in der Natur der Sache begründet, keiner besonderen Rechtfertigung. — Ist ein zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts bereits gewisses, entschiedenes Ereigniß, wenn es auch die Handelnden aus Unkenntniß für noch unentschieden halten, als Bedingung gesetzt, so liegt gleichwohl eine wahre Bedingung nicht vor, weil eine Ungewißheit nur im Bewußtseyn der Handelnden besteht; allein das Ereigniß wirkt doch wie eine wahre Bedingung auf die Existenz des Rechtsgeschäfts. So gilt das Geschäft, welches an ein solches Ereigniß aufschiebend geknüpft ist, je nachdem Letzteres eingetreten war oder nicht, im ersten Falle als ein unbedingtes, sofort wirksames, im andern Falle als gar nicht abgeschlossen. Umgekehrt gilt ein Rechtsgeschäft, bei welchem ein solches Ereigniß auflösend wirken soll, je nachdem es eingetreten oder ausgeblieben ist, im ersten Falle als gar nicht abgeschlossen, im andern Falle als unbedingt geschlossen. **(Art. 51.)**

Durch die unmögliche Bedingung, bei deren Festsetzung schon gewiß ist, daß sie nicht eintreten könne, — wenn nämlich entweder der Eintritt eines Umstands, welcher gewiß ausbleibt, oder das Ausbleiben eines Umstands, welcher gewiß eintritt, als Bedingung gesetzt ist, — wird ohne Unterschied, ob dieß die Folge eines Natur- oder eines Rechtsgesetzes ist, — wie in den anderen, bereits erörterten Fällen einer uneigentlichen Bedingung — gleichfalls nichts in's Ungewisse gesetzt. Weil aber der Nichteintritt der Bedingung ganz unausbleiblich ist, so kömmt das dadurch aufschiebend bedingte Geschäft gar nicht zur rechtlichen Existenz; das auflösend bedingte Geschäft, welches bis zur Wiederauflösung ein völlig wirksames ist, gilt aber als unbedingt abgeschlossen, indem es gewiß ist, daß es nicht zu dessen Wiederauflösung kommen kann; die Bedingung muß also als nicht beigefügt gelten. **(Art. 52.)** — Die Unmöglichkeit einer Bedingung muß aber ferner eine absolute seyn, damit die bezeichnete, ausnahmsweise Wirkung entstehe. Ist demnach ein Ereigniß zwar zur Zeit der Eingehung des Geschäfts unmöglich, kann es jedoch später (namentlich innerhalb der für den Eintritt bestimmten Zeit) eintreten,

oder war es umgekehrt zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts möglich, wurde es aber später unmöglich, so ist eine wahre und zulässige Bedingung vorhanden und kommen die regelmäßigen Grundsätze über die Wirkung der Bedingungen zur Anwendung. **(Art. 53.)**

Den unmöglichen Bedingungen werden die unerlaubten in der Wirkung gleichgestellt. Das Wesen der unerlaubten Bedingung besteht darin, daß durch ihre Wirksamkeit ein vom Gesetze, von der Moral oder von der öffentlichen Ordnung gemißbilligter Zweck begünstiget oder befördert wird. Dies ist der Fall, wenn Jemanden eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung oder eine gegen ein Gebot des Rechts oder der Moral laufende Unterlassung zur Bedingung eines von ihm zu erwerbenden Vortheils gesetzt ist; nicht aber dann, wenn Jemand zu einer Leistung auf den Fall verpflichtet wird, daß er etwas durch das Rechts- oder Sitten-Gesetz Gebotenes thun würde, oder wenn entweder Jemand sich für den Fall der Begehung einer rechtswidrigen ꝛc. Handlung einem Nachtheile unterwirft oder von einer solchen Handlung eine Leistung des pflichtwidrig Handelnden abhängig gemacht wird. So bei dem Versprechen einer Conventionalstrafe, bei der Auflage eines Legats an den Erben, für den Fall, daß der Versprechende, beziehungsweise der Erbe eine pflichtwidrige Handlung begehen sollte. — Die Folgen, welche das Gesetz bei unerlaubten Bedingungen eintreten läßt, können nur solche seyn, welche verhindern, daß der Zweck der Bedingung, nämlich das Unrecht zu begünstigen, erreicht werde. Ist demnach die Erlangung eines Vortheils aufschiebend an die Begehung des Unrechts geknüpft, so muß das Rechtsgeschäft ungiltig seyn. Wird aber der Rückfall eines Vortheils auf den Fall festgesetzt, daß der Erwerber ein Unrecht ꝛc. nicht begehen werde, so muß die Rückfallsstipulation ungiltig seyn, und der Erwerber hat sofort unbedingt erworben, d. h. die Bedingung gilt als nicht beigefügt. Ist dagegen der Rückfall eines Erwerbs an die Begehung eines Unrechts durch den Erwerber geknüpft, so liegt natürlich keine unerlaubte Bedingung vor, weil hier die Bedingung den Zweck hat, von dem Unrechte abzuhalten. Nach dieser Charakterisirung der unerlaubten Bedingung erscheint es **(Art. 54)** gerechtfertiget, daß der Entwurf die Wirkung der unmöglichen und der unerlaubten Bedingung im Allgemeinen gleichstellt. In Beziehung auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist dies auch anerkannten Rechtens. Eine abweichende Wirkung bestimmt jedoch das römische Recht und mit demselben mehrere neuere Gesetzgebungen — theils in beschränkter theils in noch ausgedehnterer Weise — bei Verfügungen von Todeswegen, jene nämlich, daß die einer letztwilligen Verfügung aufschiebend beigefügte unmögliche oder unerlaubte Bedingung als nicht beigefügt angesehen, die Zuwendung daher dadurch nicht entkräftet wird. (Vgl. preuß. L. R. Thl. I Tit. 4 §§. 129—132, Tit. 12 §. 504, §. 63 Tit. 5 §. 227; Cod. civ. Art. 900, wo die Bestimmung auch auf Schenkungen unter Lebenden ausgedehnt ist; abweichend aber Oesterr. a. b. G. B. §. 698 und 897). Bevor auf die Rechtfertigung des vom Entwurfe adoptirten Systems eingegangen wird, erscheint es zur Uebersicht aller Folgen des letzteren zweckmäßig, vorerst noch diejenigen Bedingungen zu bezeichnen, welche den Cha-

rakter des Unerlaubten zwar nicht an sich tragen, denen aber aus besonderen Rücksichten die Wirkung der unerlaubten Bedingungen gleichfalls beigelegt werden muß.

Der Entwurf stellt in dieser, in vielen Richtungen noch im Streite befangenen Materie nur sehr wenige Fälle und diese in sehr beschränkter Weise den eigentlichen unerlaubten Bedingungen gleich. Vorerst nimmt der Entwurf davon Umgang, die Bedingung, durch welche entweder Jemanden etwas auf den Fall versprochen wird, daß er sich scheiden lasse, oder wodurch Jemand etwas zu leisten verspricht, wenn er sich scheiden lassen sollte, den unerlaubten Bedingungen gleichzustellen. Nach den Ehegesetzen kömmt es in der Regel in Folge eines willkürlichen Verlangens der Ehetheile noch nicht zur Scheidung. Durch diese Bedingung wird daher vorerst der Ehescheidung unmittelbar kein Vorschub geleistet und es kann nur von einem unzulässigen Einflusse auf den Entschluß die Scheidung vor der zuständigen Behörde zu verlangen die Rede seyn. Die Trennung einer Ehe ist ferner kein Ereigniß, welches vom Gesetze allgemein gemißbilligt werden kann; sie kann oft zum Wohle des sie verlangenden Ehetheils oder beider gereichen. Bei der Einwirkung, welche die Zusage eines Vortheils oder die Auflage eines Nachtheils auf den Entschluß, die Ehetrennung zu verlangen, bezweckt, kann daher eine völlig unverwerfliche, oft eine löbliche Absicht obwalten. Eine verwerfliche würde z. B. dann vorliegen, wenn der Ehetheil, welcher hinsichtlich eines Scheidungsgrundes dem anderen verziehen hat, durch einen Vermögensvortheil zur Geltendmachung der Ehescheidung bestimmt werden soll. Die Ermittlung solcher verwerflicher Absichten bei der Festsetzung der Bedingung aber würde zu einem unzulässigen Eindringen in eheliche Geheimnisse führen. Es erscheint daher gerechtfertiget, die fragliche Bedingung hier nicht aufzuführen.

Die Unzulässigkeit einer auf die Vornahme oder Nichtvornahme eines Religionswechsels gestellten Bedingung nimmt der Entwurf nur unter der Voraussetzung an, daß die Absicht: durch Vermögensvortheile auf den Entschluß in einer reinen Gewissenssache einzuwirken, nach den Umständen anzunehmen ist. Darüber, daß ohne diese verwerfliche Absicht die fragliche Bedingung eine zulässige sey, besteht allerseits Uebereinstimmung; nämlich wenn es sich nicht gleichsam um einen Preis für die Annahme oder für das Festhalten einer bestimmten Religion handelt, sondern der Versprechende entweder gewisse Vortheile nur Jenen zuwenden will, welche im Glauben mit ihm übereinstimmen oder seinen wegen ihres Glaubensbekenntnisses von Außen bedrängten Glaubensgenossen für den Fall ihrer Bekenntnißtreue Subsistenzmittel zuwendet. **(Art. 53 Abs. 1 u. 2.)** Angemessen erschien es, einige Fälle der ersten Art hervorzuheben, in welchen es auf eine Erforschung des Motivs der Verfügung nicht weiter anzukommen hat; eine Erforschung, welche in anderen Fällen, in denen es an erkennbaren, unverwerflichen Beweggründen fehlt, aus der Fassung der Verfügung und aus den Verhältnissen der betheiligten Personen als keine allzuschwere Aufgabe des Richters erscheint.

Die Bedingungen, welche sich auf die Eingehung oder Nichteingehung einer Ehe beziehen, werden im **Abs. 3 des Art. 55** gleichfalls nur in beschränkter

Weise als unzulässige bezeichnet. Die Bestimmung, eine gewisse ehrbare Person zu ehelichen oder nicht zu ehelichen, wird nach übereinstimmender Rechtsanschauung aus nahe liegenden Gründen in das Bereich des Unzulässigen nicht gezogen. Aber auch die Bedingung: eine Ehe überhaupt nicht oder eine weitere Ehe nicht einzugehen, beruht erfahrungsgemäß sehr häufig auf wohlgemeinten und sonst unverwerflichen Intentionen und Betrachtungen. Ueberdieß wurzelt die Annahme der Unzulässigkeit dieser Bedingung nach dem bisher bestehenden Rechte in einer antiquirten und jedenfalls über das richtige Maß ausgedehnten Bestimmung des röm. Rechts. Das Gesetz kann hier nicht von der Vermuthung ausgehen, solche Bedingungen seyen in der Absicht, um die Ehe als ein sittliches Institut zu hindern, und um damit der Unsittlichkeit Vorschub zu leisten, festgesetzt. Selbst unter der Annahme der Unzulässigkeit der auf die Ehelosigkeit oder auf die Nichtwiederverehelichung schlechthin gestellten Bedingung müßte man jedenfalls eine Ausnahme für den Fall zulassen, daß eine wohlmeinende Intention für die Interessen der mit der Bedingung bestrickten Person oder ihrer Kinder zu Grunde liegt. Dieß würde aber zu einer unerträglichen und meist erfolglosen Erforschung der innersten Verhältnisse von Personen und Familien führen. Deshalb beschränkt der Entwurf die Unzulässigkeit solcher Bedingungen auf zwei Fälle, in welchen theils unmittelbar theils mittelbar durch die Bedingung eine Unsittlichkeit begünstiget würde, wo somit der Gesichtspunkt der eigentlichen, unerlaubten Bedingungen maßgebend ist. Der erste Fall (Bedingung eine unehrbare Person zu ehelichen) bedarf keiner Rechtfertigung; allein auch die Bedingung: eine nach der Willkür eines Dritten zu bestimmende Person zu ehelichen, steht im Widerspruche mit dem Wesen dieses Vertrages, welcher auf sittliche Rücksichten und auf freie Selbstbestimmung gegründet seyn soll. Sie würdiget denselben zu einer bloßer Vermögensspekulation herab und ist überdieß geeignet, infolge der Willkür des Dritten gleichfalls der Unsittlichkeit, nämlich durch Ehelichung einer unehrbaren Person, Vorschub zu leisten.

Eine weitere Art unzulässiger Bedingungen wird gewöhnlich für die folgenden Fälle aufgestellt:

1) wenn sich Jemand zu einer Leistung für den Fall verpflichtet, daß er etwas durch ein Rechts- oder Sittengesetz Gebotenes thun würde,
2) wenn sich Jemand dafür, daß er eine pflichtmäßige Handlung vornehme oder ein gesetzlich gebotenes Verhalten beobachte, einen Vortheil zusagen läßt,
3) wenn sich Jemand durch Vertrag dafür einen Vortheil zusagen läßt, daß er eine gegen das Rechts- oder Sittengesetz verstoßende Handlung unterläßt.

Der erste Fall gehört unter die schlechthin unerlaubten Bedingungen (vergl. Motive zu Art. 54), weil durch eine solche Bedingung mittelbar Gesetzübertretungen und Unsittlichkeiten befördert werden. Die Annahme der Unzulässigkeit der Bedingung in dem zweiten Falle aus dem Grunde, weil in der Acceptation eines Vortheils für eine Pflichterfüllung eine Gemeinheit liege, führt zu weit. Es kann nicht ungiltig seyn, einem Dienstboten für den Fall treuer Dienstleistung, einem Sohne für sorgfältige Pflege seiner Mutter, einem Studierenden für gutes

Verhalten und fleißigen Collegienbesuch, einem Trunkenbolde, einem Gewohnheitsraufer für den Fall andauernder Enthaltsamkeit von dem Laster eine Belohnung zu versprechen. Nur in dem dritten Falle liegt eine Unzulässigkeit der Bedingung in dem erörterten Sinne vor, weil es eine Schändlichkeit ist und nicht gestattet werden kann, sich die Unterlassung solcher Handlungen abkaufen zu lassen, und dieß auch zu Erpressungen und rechtswidrigen Spekulationen führen würde. Demnach ist der Vertrag ungiltig, durch welchen sich Jemand unter der aufschiebenden Bedingung, daß er ein beabsichtigtes Verbrechen nicht begehen würde, einen Vortheil versprechen läßt. Ingleichem wird die Resolutivbestimmung wirkungslos, wenn sich Jemand den Rückfall seiner Leistung auf den Fall ausbedingt, daß er ein Verbrechen oder eine sonstige rechtswidrige Handlung unterlassen würde: es tritt nämlich der Rückfall nicht ein und der Erwerber der Leistung erwirbt dieselbe sofort unbedingt. **(Art. 56 Abs. 1.)** Die Gründe der Unzulässigkeit der fraglichen Bedingung, welche sich bei einem Vertrage geltend machen, treffen aber bei letztwilligen Verfügungen nicht zu, weil dieselben ohne Mitwirkung des mit dem Vortheile Bedachten entstehen und frei widerruflich sind, so daß von einer widerrechtlichen Spekulation des Bedachten hier keine Rede seyn kann. Durch solche letztwillige Verfügungen kann vielmehr die Gesetzmäßigkeit und Sittlichkeit gefördert werden. **(Art. 56 Abs. 2.)**

Der **Art. 57** enthält den unbestrittenen Grundsatz, daß bei einer alternativen Cumulation einer unmöglichen oder unerlaubten Bedingung mit einer möglichen oder erlaubten die erstbezeichnete Bedingung als nicht beigefügt anzusehen sey. — Ist die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Bedingung entweder ganz unverständlich oder steht dieselbe entweder mit sich selbst oder mit der Natur des Rechtsgeschäfts im Widerspruch, so ist doch immerhin soviel gewiß, daß die Zusage an den Eintritt eines Ereignisses geknüpft werden wollte, daß somit nur ein bedingter Verpflichtungswille vorliege. Ist es nun völlig unerforschbar, was geschehen sollte, damit entweder die Zusage in Wirksamkeit trete oder damit ein bereits wirksam geschaffenes Rechtsverhältniß wieder aufgelöst werde, so müssen dieselben Folgen eintreten, welche der Art. 52 für unmögliche Bedingungen festsetzt. Dieses ist auch der Fall, wenn wegen des Widerspruchs der Bedingung mit der Natur des Rechtsgeschäfts durch die Erfüllung der ersteren jene des letzteren oder umgekehrt unmöglich ist. Hierüber besteht in Absicht auf Verträge überall keine Meinungsverschiedenheit. Daß aber eine solche Bedingung als aufschiebend die Ungiltigkeit einer letztwilligen Verfügung bewirke, liegt in der Gleichstellung der Wirkungen der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Verträgen und letztwilligen Verfügungen, von welcher, wie erwähnt, der Entwurf ausgeht, indem die s. g. perplexe Bedingung offenbar keine andere Wirkung als die unmögliche Bedingung äußern kann. **(Art. 58.)**

Zur Rechtfertigung des Prinzips nun, vermöge dessen die Wirkungen der in den Art. 52—55, 56 Abs. 1 und 58 bezeichneten Bedingungen bei Verträgen und letztwilligen Verfügungen gleichgestellt werden, worauf hier zurückzukommen ist, genüge es in Kürze Folgendes anzuführen. Die Richtigkeit des Systems des

römischen Justinianischen Rechts, auf welchem jene Gesetzgebungen beruhen, bei denen jene Gleichstellung nicht stattfindet, wurde bekanntlich schon unter den römischen Juristen in Zweifel gezogen und die wissenschaftliche Kritik hat seither dessen Inkonsequenz und praktische Unhaltbarkeit überzeugend nachgewiesen. Das Justinianische Recht führt nothwendig auf die Unterstellung zurück: der letztwillig Verfügende, welcher entweder eine unmögliche oder eine perplexe aufschiebende Bedingung, folglich etwas Widersinniges, oder einen unerlaubten oder unsittlichen Zweck zum Ausgangspunkte seiner Verfügung nimmt, sey auch ohne dieses Moment nicht nur des festen Willens gewesen, überhaupt, sondern auch gerade so, wie er gethan, zu verfügen; so z. B. zu Gunsten ebenderselben Personen, deren Erwerb er mit Umgehung seiner Intestaterben an widersinnige oder unerlaubte Bedingungen geknüpft hat. Daß diese Unterstellung der Begründung entbehre, bedarf keiner Ausführung. Die natürliche Auffassung führt vielmehr dahin, der Verfügende habe sich durch die Aufstellung einer unmöglichen oder perplexen Bedingung einen Scherz oder eine Mystifikation erlaubt; ferner, derselbe habe, indem er eine Zuwendung an eine unerlaubte oder unsittliche Bedingung knüpfte, hiedurch den unerlaubten, unsittlichen oder sonst gesetzlich mißbilligten Zweck auch wirklich erstrebt. Dieß vorausgesetzt aber muß die Ungesetzlichkeit des Zweckes nothwendig auch die Nichtigkeit des Mittels, nämlich die Ungiltigkeit der ganzen Verfügung zur Folge haben.

War dagegen der Rückfall einer letztwilligen Zuwendung an eine unmögliche, unerlaubte oder widersinnige Bedingung geknüpft, so muß natürlich die Verfügung des Rückfalls ungiltig seyn; denn nur diese, nicht aber die Zuwendung selbst, steht unter der Einwirkung einer widersinnigen Vorstellung, verfolgt einen unerlaubten oder unzulässigen Zweck. Deshalb gilt nach überall bestehendem Rechte wie bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden eine solche Resolutivbedingung als der Verfügung nicht beigefügt. (Vergl. Art. 52 Abs. 2 u. Motive S. 24 u. 25.)

2. Zeitbestimmungen.

Durch die Zeitbestimmung, — welche entweder an einen künftigen bereits bezeichneten Zeitpunkt oder an den Eintritt eines künftigen Ereignisses, von welchem gewiß ist, daß es überhaupt eintreten werde, wenn auch der Zeitpunkt seines Eintritts völlig ungewiß ist, die Geltendmachung eines Rechtsverhältnisses oder dessen Erlöschung knüpft, — wird weder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch die Erwerbung hieraus ins Ungewisse versetzt, wie dieß bei der Bedingung geschieht. Aus dem Geschäfte wird sofort ein festes, jedoch noch nicht fälliges (ein betagtes) Recht auf das Zugesagte erworben (Anfangstermin) oder ein vollständig in Wirksamkeit getretenes Rechtsverhältniß nicht rückwirkend sondern lediglich für die Folgezeit aufgelöst (Endtermin). Es fehlt daher an der Wesenheit einer Zeitbestimmung, wenn die Geltendmachung oder die Dauer des durch ein Rechtsgeschäft begründeten Rechtsverhältnisses an ein Ereigniß geknüpft ist, dessen Eintritt selbst ungewiß ist; es liegt sodann in Wirklichkeit eine auf-

schiebende oder auflösende Bedingung vor. Ist aber nur die Zeit des Eintritts ungewiß, so wird, wie bei der nothwendigen Bedingung, deren Erfüllung unausbleiblich ist, nichts ins Ungewisse gesetzt, daher an der Natur einer Zeitbestimmung nichts geändert. Ist die Zeitbestimmung von der Art, daß solche nach dem Natur- oder dem Rechtsgesetze niemals eintreten kann, so liegt es in der Natur der Sache, daß, je nachdem ein Anfangs- oder ein End-Termin gesetzt ist, dasselbe Prinzip wie bei der unmöglichen Bedingung (vergl. Art. 52) maßgebend sey. — Dieß zur Rechtfertigung der **Art. 59—62**, durch welche an dem bestehenden Rechte überall nichts geändert wird.

3. Zweckbestimmungen.

Eine dritte Klasse von Nebenbestimmungen bilden die dem Hauptgegenstande eines Rechtsgeschäftes beigefügten Auflagen (modus).

Bei den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften kommt häufig die Verfügung vor, daß derjenige, welcher etwas empfängt, dem Empfangenen ganz oder theilweise eine gewisse Verwendung geben oder daß er sonst irgend etwas thun oder lassen soll.

Bei Rechtsgeschäften, welche auf Leistung und Gegenleistung gerichtet sind, können solche Auflagen nicht nach besonderen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden. Alles, was sich die Vertragschließenden gegenseitig auflegen, wird durch die hinwieder empfangenen Vortheile und Leistungen aufgewogen. Die Auflage bildet einen Theil der übernommenen Vertragsverpflichtungen, und wird wie alle übrigen durch die Contraktsklage geltend gemacht. **(Art. 68.)** Anders verhält es sich bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen. Hier stehen sich keine Aequivalente gegenseitiger Leistungen und Verpflichtungen gegenüber und die Auflage, welche mit dem Akte der Wohlthätigkeit verbunden wird, hebt sich von dem Hauptgegenstande des Rechtsgeschäfts scharf ab. Der Entwurf unterwirft in diesem Falle die Auflage unter Beibehaltung der üblichen, wenn auch nicht ganz passenden Bezeichnung: „Zweckbestimmungen" (modus im engeren Sinne) nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes besonderen Bestimmungen, welche die Eigenthümlichkeit des Verhältnisses erfordert. **(Art. 64—67.)**

Von hervorragender Wichtigkeit ist insbesondere der Grundsatz, daß die einem Rechtsgeschäfte der angeführten Klasse beigefügte unmögliche oder unerlaubte Zweckbestimmung als nicht hinzugefügt betrachtet wird **(Art. 65.)**, was ebenfalls dem bestehenden Rechte entspricht.

Die Zweckbestimmung hat niemals eine suspensive Wirkung für das Rechtsgeschäft, dem sie beigefügt ist; daher findet die Folge, welche der Art. 52 Abs. 1 mit der Beifügung einer unmöglichen oder unerlaubten Suspensivbedingung verbindet, hier keine analoge Anwendung. Es könnte dabei nur in Frage gestellt werden, ob die Nichterfüllung einer Auflage dieser Art die Aufhebung oder den Widerruf des Geschäfts begründe. (Art. 108.) Hiegegen treten aber dieselben Rücksichten ein, aus welchen der Art. 52 Abs. 2 eine Resolutivbedingung dieser Art als nicht beigefügt erklärt.

Die Wirksamkeit der Zweckbestimmung unterscheidet sich von derjenigen einer Bedingung in Folge ihrer verschiedenen Natur wesentlich in folgenden Punkten:

1) Der Erwerb und die Geltendmachung des Rechtes, welches den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildet, wird durch die Beifügung der Zweckbestimmung nicht wie durch die Suspensivbedingung von der Erfüllung der Zweckbestimmung abhängig gemacht, sondern das Rechtsgeschäft tritt sofort in seine volle Wirksamkeit. **(Art. 66.)**

2) Dagegen kann auf die Erfüllung des Zweckes geklagt werden, was bei der Bedingung nicht der Fall ist. Dieses Klagerecht wird im Art. 67 Abs. 1 im Allgemeinen auch dem Dritten zugesprochen, zu dessen Vortheil eine Zweckbestimmung gemacht wurde. Die näheren Voraussetzungen, an welche dieses Klagerecht des Dritten gebunden ist, wenn die Auflage auf einem Schenkungsvertrage beruht, sind im II. Theile Art. 29 festgesetzt. Bezielt die Auflage den alleinigen Vortheil desjenigen, dem sie gemacht wurde, so fällt die Klage auf Erfüllung hinweg, weil das eigene Interesse des Verpflichteten niemals Gegenstand einer Klage gegen ihn werden kann. Außerdem fällt die Klage alsdann hinweg, wenn die Erfüllung der Auflage ohne Schuld des Belasteten unmöglich geworden ist. Bei onerosen Rechtsgeschäften wird nach der Bestimmung des Art. 115 Abs. 3 und 4 Theil II. in solchem Falle auch die Gegenpartei von ihrer Verbindlichkeit befreit und das Empfangene ist zurückzuerstatten. Nach der Natur eines auf Freigebigkeit beruhenden Rechtsgeschäftes kann aber (wie dieses auch gemeinrechtlich anerkannt ist) jener Grundsatz nicht Platz greifen. **(Art. 67.)**

3) Unterbleibt die Erfüllung einer Zweckbestimmung durch die Schuld des Belasteten, so wird dadurch bei Schenkungen unter Lebenden das Recht des Widerrufs begründet, worüber der Art. 108 die erforderlichen näheren Bestimmungen enthält. Die Festsetzung der Folgen bei letztwilligen Verfügungen sind dem V. Theile vorbehalten.

Nach dem Wesen der Zweckbestimmung wird der Belastete dadurch in geringerem Maße als durch eine Bedingung beschränkt, indem sie die Vollziehung des Rechtsgeschäfts nicht suspendirt, sowie dieses durch eine casuelle Unmöglichkeit der Erfüllung nicht gefährdet wird. Deshalb stellt der **Art. 64** den Grundsatz auf, daß im Zweifel eher vermuthet werden soll, daß eine Zweckbestimmung als daß eine Bedingung bei dem Rechtsgeschäfte beabsichtiget sey.

Dritte Abtheilung.

Beweis der Rechtsgeschäfte.

Der Civilprozeßordnung bleibt es überlassen, die Form und die Mittel der Beweisführung zu bestimmen; zur Aufgabe des Civilrechts gehört es aber, Bestimmungen dafür zu treffen, worüber und von welchem Theile der Beweis im

Falle der Contestation eines Rechtsgeschäftes zu führen sey. Hierüber werden an dieser Stelle nur die allgemeinen Bestimmungen gegeben; die besonderen Regeln über die Beweislast bleiben den speziellen Theilen des Gesetzbuches vorbehalten, soferne sich eine besondere Veranlassung hiezu darbietet.

Jeder Anspruch aus einem Rechtsgeschäfte, ohne Unterschied, ob derselbe auf Verurtheilung des Gegners oder auf die eigene Lossprechung gerichtet ist, folglich jede Klage und Einrede setzt die Gewißheit der rechtlichen Existenz des Rechtsgeschäftes voraus, welche häufig auch durch die Einhaltung einer bestimmten Form der Abschließung bedingt ist; daher die in **Art. 69 Abs. 1** aufgestellte Grundregel über die Beweislast. Je nach der Richtung, welche die dem Anspruche entgegengesetzte Contestation hat, kann diese Regel auch Modifikationen erleiden. Bei der Beweislast desjenigen, welcher für seinen Anspruch ein Rechtsgeschäft allegirt, muß es aber verbleiben, — ohne Unterschied, ob die Thatsache der Abschließung selbst, die Einhaltung der gesetzlichen Form, oder der Inhalt des Rechtsgeschäfts, letzterer namentlich durch Aufstellung von ganz anderen Thatsachen oder von Abweichungen hinsichtlich des Umfanges des Gegenstands oder der Bedingungen des Rechtsgeschäftes, bestritten wird. Hier wird überall die rechtliche Existenz oder die Wirksamkeit des behaupteten Rechtsgeschäftes von vornherein verneint. Beweist der Allegant die zur Begründung seines Anspruches vorgebrachten erheblichen Thatsachen, so ist dadurch auch schon der Ungrund der gegnerischen Aufstellung bewiesen, vorausgesetzt, daß die gegenüberstehenden Aufstellungen sich gegenseitig ausschließen. Fehlt diese Voraussetzung, so ist die entgegengesetzte Regel maaßgebend **(Art. 70)**, wonach die Beweislast auf den Gegner fällt.

Bestritten ist die Frage, ob infolge der Einwendung: es sey dem Geschäfte eine noch nicht eingetretene Suspensivbedingung oder ein Anfangstermin beigefügt, — die Beweislast hierüber auf den Gegner gewälzt werde, oder ob Denjenigen, welcher den Anspruch erhoben hat, auch die Beweislast darüber treffe, daß das Rechtsgeschäft ohne aufschiebende Bedingung oder ohne Bestimmung eines Anfangs-Termins abgeschlossen worden sey. Der Entwurf entscheidet sich für das letztere und hat hier die Meinung der Mehrzahl der angesehensten Rechtslehrer für sich. Die aufschiebende Bedingung hat die Wirkung, daß vor ihrem Eintritte ein klagbares Rechtsverhältniß gar nicht zu Stande kömmt. Die Aufstellung, daß eine solche Bedingung vorliege, verneint daher ungeachtet ihrer positiven Form in der That die Entstehung eines klagbaren Rechts, folglich den Klagegrund, der auf einer sofort wirksamen Abschließung des Rechtsgeschäftes nothwendig beruhen muß.

In ähnlicher Weise verhält sich die Sache bei der Einwendung eines Anfangstermines. Verbleibt demnach die Beweislast Demjenigen, welcher auf das Rechtsgeschäft einen Anspruch gründet, hat er somit den Abschluß des Geschäftes so, wie behauptet, nämlich als einen unbedingten zu erweisen, so wird hiedurch auch schon die Wahrheit der gegnerischen Aufstellung einer Suspensivbedingung ausgeschlossen, woraus sich ergibt, daß diese Aufstellung die Aufgabe eines wahren Gegenbeweises nicht seyn könne. Die Lösung der Beweisaufgabe erfordert aber natürlich hier wie auch in anderen Fällen einer bloßen Negation von Seite

des Gegners unter dem Gewande positiver Behauptungen, nicht den besonderen Nachweis der Negative, daß nämlich keine Bedingung, kein Anfangstermin verabredet worden sey; denn eine unbedingte und eine aufschiebend bedingte Stipulation schließen sich gegenseitig aus und der Nachweis der ersteren enthält auch schon den Verneinungsbeweis der letzteren. Durch eine sonst beweisfähige Vertragsurkunde, welche einer Bedingung, einer Zeitbestimmung nicht erwähnt, wird daher die Beweisaufgabe vollständig gelöst sein. **(Art. 69 Abs. 2.)**

Im Gegensatze zu der Beweisaufgabe Desjenigen, welcher einen Anspruch aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, kann es zu einer selbständigen Beweisaufgabe des Gegners kommen, wenn dessen Vertheidigung das Rechtsgeschäft zwar als ein äußerlich fehlerfrei bestehendes, sofort wirksames gelten läßt, allein die Aufhebung desselben aus einem, entweder schon bei seiner Entstehung vorhandenen oder nachher eingetretenen thatsächlichen Verhältnisse bezielt. So bei dem Einwande einer Beschränkung der persönlichen Fähigkeit des Verpflichteten, eines in Mitte liegenden Zwanges, Irrthums, Betrugs, einer Simulation, oder auch bei dem Einwande: es sey das Rechtsgeschäft unter einer auflösenden bereits eingetretenen Bedingung abgeschlossen worden. In dem letztbezeichneten Einwande liegt offenbar keine bloße Negation des erhobenen Anspruchs, es werden vielmehr Thatumstände behauptet, welche die Wiederaufhebung desselben bewirkt haben sollen. **(Art. 70 Abs. 1.)**

Wird ein bereits unter den Theilen in Vollzug gesetztes Rechtsgeschäft wegen irgend eines Mangels angefochten, so entspricht es der Natur der Sache, daß der anfechtende Theil diesen Mangel nachzuweisen habe. **(Art. 70 Abs. 2.)**

Die inneren Vorgänge bei Errichtung oder Abschließung eines Rechtsgeschäfts (Absicht, Beweggründe, Freiheit und Ernstlichkeit der Willenserklärung) kommen nicht zu einer der sinnlichen Wahrnehmung überall zugänglichen Aeußerlichkeit. Deshalb stellen sich hier die unmittelbaren Beweismittel (Zeugen, Urkunden) in der Regel als unzureichend dar; die Aushilfe durch die Delation des Eides aber unterliegt (abgesehen von ihrer Zulässigkeit bei Zuständen, die meist nur mittelst Schlußfolgerungen zu Tage gefördert werden können) den erheblichsten Bedenken. — Einem allseitig anerkannten Bedürfnisse entsprechend erhöht der Entwurf die Befugnisse des Richters, welcher über die Beweisführung zu urtheilen hat, auf ein durch die Erfahrung bewährtes Maaß. Er gestattet dem Richter, ohne ihn an anderweitige Voraussetzungen zu binden und ohne ihn zu anderen Aushilfsmitteln zu nöthigen, seiner Ueberzeugung durch die Annahme eines vollerbrachten Beweises schon dann Ausdruck zu geben, wenn nur Vermuthungen in Verbindung und im Einklange mit allen erwiesenen Umständen die formale Grundlage seiner Ueberzeugung bilden. **(Art. 71.)**

Vierte Abtheilung.

Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die rechtlichen Folgen, welche sich aus dem klaren und unzweideutigen Willensausdrucke eines Rechtsgeschäfts ergeben, nur durch die volle Gewißheit einer abweichenden inneren Absicht des Handelnden, welche bei zweiseitigen Rechtsgeschäften nothwendig eine übereinstimmende seyn muß, beseitiget werden können. **(Art. 72.)**

Läßt die Wortfassung der Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts eine verschiedene Auslegung zu, weil die Worte an verschiedenen Orten in verschiedenem Sinne gebraucht werden, so muß im Zweifel der Sprachgebrauch des Errichtungsortes maaßgebend seyn (welcher ohnehin in der Regel der Wohnort des Handelnden ist), weil im Allgemeinen vermuthet werden muß, daß jede Willenserklärung unter Beachtung jener Wortbedeutung abgegeben werde, welche an dem Orte herrscht, wo dieselbe erfolgt. Dasselbe Prinzip muß auch für Verträge gelten, welche unter Abwesenden abgeschlossen werden, so daß für die Auslegung der gegenseitigen Propositionen und Erklärungen der Sprachgebrauch des Ortes maaßgebend erscheint, an welchem der Proponent oder Acceptant sich aufhält. **(Art. 73.)**

Hinsichtlich der Ausdrucksweise bei dem Abschlusse eines Rechtsgeschäftes macht sich der Unterschied zwischen einer allgemeinen, welche nämlich mehrere thatsächliche oder rechtliche Folgerungen zuläßt, und einer engeren Ausdrucksweise geltend, bei welch' letzterer nur einzelne dieser Folgerungen begründet sind. Es kann hier über die zunächst liegende Bedeutung der Worte in der Regel nicht hinausgegangen werden, so daß bei einer allgemeinen Ausdrucksweise nur ausnahmsweise eine Beschränkung auf bestimmte einzelne Folgerungen dann zulässig ist, wenn nach dem Zwecke, dem Inhalte und den Umständen des Rechtsgeschäftes diese Absicht der Beschränkung auf Seite der Handelnden sich sicher erkennen läßt, — ein Grundsatz, welcher umgekehrt auch bei der engeren Ausdrucksweise gelten muß. **(Art. 74.)**

Führt die grammatische Auslegung zu keinem unzweifelhaften Ergebnisse, so muß nothwendig die Intention der Handelnden mit Rücksicht auf die begleitenden Umstände, auf die Natur und den Zweck des Rechtsgeschäfts erforscht werden. Hiebei hat die Interpretation nicht blos das ausdrücklich Erklärte sondern auch dasjenige in's Auge zu fassen, was nach Vernunft und Recht als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wurde. Sind zufolge dieser Erforschung verschiedene Erklärungen möglich, so ist es natürlich, jene vorzuziehen, vermöge welcher das Rechtsgeschäft aufrecht und in seinem Erfolge gesichert bleibt. Anerkannten Rechtens beherrscht diese gewissermaßen konservative Interpretationsregel gleichmäßig sowohl Verträge als letztwillige Verfügungen. **(Art. 75.)**

Bei Rechtsgeschäften, welche eine Mehrheit von Bestimmungen enthalten, ist es nothwendig, von der Auslegung des einzelnen Punktes auszugehen und die Richtigkeit des erzielten Ergebnisses an dem inneren Zusammenhange mit den übri-

gen Bestimmungen sowie an dem Zwecke des Rechtsgeschäftes im Ganzen zu prüfen. **(Art. 76.)**

Führen die bisher erörterten Vorschriften über die Operation der Auslegung zu keinem sicheren Ergebnisse, so muß das Gesetz allgemeine Regeln darbieten, von welchen je nach den Hauptrichtungen der Rechtsgeschäfte bei deren Erklärung auszugehen ist. Im Falle der Dunkelheit der Bestimmungen eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes kömmt zuerst die Frage, zu wessen Vortheil oder Nachtheil zu interpretiren sey, in Betracht. Es entspricht der Billigkeit, daß hier die Auslegung zum Nachtheile desjenigen Theiles ausfallen müsse, in dessen Interesse es lag, die Dunkelheit der Vertragsbestimmung zu vermeiden. Dieses ist aber derjenige, welcher sich Etwas zu einem Vortheile ausbedingt. **(Art. 77.)**

Nur eine Folgerung aus der eben aufgestellten Regel ist es ferner, daß wenn es zweifelhaft ist, ob Jemand für sich eine Verpflichtung eingehen wollte, die Auslegung gegen die Uebernahme einer solchen zu machen ist, was auch dann gelten muß, wenn es zweifelhaft ist, ob Jemand seinem Erben eine Verpflichtung auflegen wollte. Handelt es sich um die größere oder geringere Ausdehnung einer übernommenen Last, so ist aus dem gleichen Gesichtspunkte nur das Geringere anzunehmen, was selbstverständlich auch von der Tragweite eines Verzichtes gilt. **(Art. 78.)**

Insoferne der Wille auch durch konkludente Handlungen erklärt werden kann (vgl. Art. 12 Abs. 2 Thl. I.), ist behufs der Schlußfolgerung aus denselben auf eine bestimmte Willensrichtung gleichfalls eine Interpretation derselben in dem Falle des Zweifels nöthig, bei welcher die hier aufgestellten Regeln, insoweit sie nicht durch die Voraussetzung des Gebrauches von Worten beherrscht sind, ebenfalls zur Geltung kommen müssen. **(Art. 79.)**

Fünfte Abtheilung.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist jenes, welches faktisch errichtet wurde oder doch errichtet werden wollte, juristisch aber gar nicht zum Daseyn gelangt ist. Eine Folge hievon ist vorerst, daß es in der Regel, wenn nicht das Gesetz im Hinblicke auf den Grund der Nichtigkeit eine Ausnahme macht (vergl. Art. 23, 24, 29, 30 Th. I.), nicht nöthig ist, das nichtige Rechtsgeschäft anzugreifen und dessen Vernichtung durch den Richter zu erwirken; vielmehr wird die Folge der Nichtigkeit zur äußeren Anerkennung schon dadurch gebracht, daß dasjenige Recht, welchem das nichtige Rechtsgeschäft scheinbar entgegensteht, sofort geltend gemacht wird. In solchen Fällen kann daher auch nur von der Verjährung dieses Rechts, nicht aber von jener der Nichtigkeitsklage die Rede seyn. Das nichtige Rechtsgeschäft muß ferner nothwendig schlechthin d. h. für jeden dabei Betheiligten wirkungslos seyn, so daß auch Derjenige, in dessen eigener Handlung der Grund der Nichtigkeit liegt, sich auf dieselbe berufen kann. So kann z. B.

Derjenige, welcher seine Sache gegen ein Veräußerungsverbot veräußert hat, dieselbe mit der Eigenthumsklage zurückfordern. — Die Nichtigkeit des Geschäftes bewirkt ferner unmittelbar die Nichtigkeit der hiefür geleisteten Bürgschaft oder des bestellten Pfandes. Alle diese Folgen ergeben sich aus der Bestimmung des **Art. 80 Abs. 1** von selbst, bedürften daher keines besonderen Ausdrucks.

Ein Geschäft, welches juristisch gar nicht existirt, kann vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen der Art. 24 und 29 Abs. 1 weder durch den Wegfall des Hindernisses oder des Mangels seiner rechtlichen Existenz noch auch dadurch, daß die Betheiligten es bei der Thatsache des Geschäftsabschlusses bewenden lassen, erst in's Daseyn gerufen werden. Daher ist der spätere Wegfall des Nichtigkeitsgrundes, wie auch ein Verzicht der Parteien auf die Nichtigkeit, völlig ohne Bedeutung für die Nichtigkeit des Geschäfts. So z. B. bleibt das Rechtsgeschäft, welches ein Wahnsinniger schließt, das Testament, welches ein Unmündiger macht, nichtig, wenn auch hinterher die geistige Gesundheit eintritt oder das Alter der Mündigkeit vom Testator erreicht wird. Es kann daher ein nichtiges Rechtsgeschäft anders nicht zum rechtlichen Daseyn gelangen, als dadurch daß es auf's Neue unter Umständen errichtet wird, nach welchen es an keinem Erfordernisse seiner Giltigkeit gebricht. Dadurch kömmt natürlich nicht der frühere Geschäftsabschluß zu Kräften, und jede Rückwirkung des neuen Geschäfts auf den bloß faktischen Bestand des alten bleibt ausgeschlossen. **(Art. 81.)**

Bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft nichtig sey, muß im Allgemeinen, — nämlich außer den Fällen, in welchen das Gesetz ein Rechtsgeschäft ausdrücklich als nichtig erklärt, — dessen Inhalt, insbesondere ob dieser gegen ein gesetzliches Verbot, gegen die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung verstößt, ferner das Vorhandenseyn der wesentlichen juristischen Erfordernisse des Geschäfts in Betracht gezogen werden. Ist das erstere bezüglich des Inhalts der Fall oder fehlt es an einem der wesentlichen Erfordernisse, so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Die wesentlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts sind aber entweder allgemeine, welche bei jedem Geschäfte vorhanden seyn müssen, oder besondere, welche das individuelle Wesen dieses einzelnen Rechtsgeschäfts kennzeichnen. Nach dieser in der Natur der Sache begründeten Unterscheidung sind die Willensfähigkeit des Handelnden und die gehörige Willenserklärung desselben wesentliche, allgemeine Erfordernisse (vergl. Art. 1 Abs. 1); dagegen erscheinen beispielsweise die Zusage eines in Geld bestimmten Preises bei dem Kaufe, die Veräußerung ohne Entgelt bei der Schenkung, ferner die Einhaltung der für einzelne Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen besonderen Form als besondere wesentliche Erfordernisse. **(Art. 80 Abs. 2.)**

Fehlt es einem beabsichtigten Rechtsgeschäfte an einem wesentlichen Erfordernisse der letzteren Art, ist es somit als solches nichtig, trägt es aber alle wesentlichen Erfordernisse eines anderen Rechtsgeschäftes an sich, so besteht kein Anstand, das letztere aufrecht zu erhalten, soferne dieß als eventuell von den Parteien gewollt anzunehmen ist. Bei einer solchen Conversion wird das alte, nichtige Geschäft weder ganz noch theilweise aufrecht erhalten, wogegen dann wenn

der Nichtigkeitsgrund nur einen Theil des Geschäftes und zwar einen solchen betrifft, welcher nach der Absicht der Theile nicht als die Grundlage des ganzen Geschäftes erscheint, eine theilweise Giltigkeit des zunächst beabsichtigten Geschäftes eintritt. **(Art. 82.)**

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist von dem nichtigen wesentlich verschieden und steht mit demselben vielfach im Gegensatze. Dasselbe besteht an sich zu Recht, indem es an keinem wesentlichen Erfordernisse fehlen darf und nur vermöge eines besonderen Umstandes einem der Betheiligten das Recht zusteht, dasselbe anzugreifen und dessen Aufhebung zu bewirken. Hieraus folgt von selbst, daß das Geschäft infolge der Aufhebung nur für die Folgezeit vernichtet wird, für die Vergangenheit aber seine Wirkung behält, folglich die von Dritten an dem Gegenstande der Leistung erworbenen Rechte dadurch nicht aufgehoben werden. Der Grund der Anfechtung wirkt ferner nur für jenen Theil, welchem kraft desselben ein besonderes Recht zur Anfechtung zusteht; so z. B. beim Zwange oder Betruge nach Art. 20 und 29 Abs. 2 nur für den Gezwungenen oder Betrogenen, nicht aber für den Zwingenden oder für den Betrüger. Für ein anfechtbares Geschäft kann ferner Pfand und Bürgschaft giltig bestellt werden und nur die Folgen der Anfechtbarkeit des Hauptgeschäfts erstrecken sich auf diese accessorischen Geschäfte, soferne keine Ausnahme, wie z. B. gemäß der Art. 863, 877 Abs. 2 Th. II., im Gesetze begründet ist. Die Hauptverschiedenheit und der wesentlichste Gegensatz des anfechtbaren und des nichtigen Rechtsgeschäfts besteht aber darin, daß das erstere durch Gutheißung (Bekräftigung) und Verzicht der Betheiligten auf die Anfechtbarkeit, und zwar sowohl ausdrücklich als faktisch — daher auch infolge Verjährung der Anfechtungsklage — mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses convaleszirt, d. h. zu einem unanfechtbaren Geschäfte wird, indem es kraft des Wegfalls der Anfechtung giltig verbleibt. Hierüber treffen die Art. 85—90 die nöthigen näheren Bestimmungen. — Die Fälle der Anfechtbarkeit, die Gründe derselben können nicht sofort hier — im allgemeinen Theile des Gesetzbuches — vollständig aufgeführt werden; vielmehr kann nur auf die besonderen Bestimmungen hingewiesen werden, durch welche namentlich auch die Verjährungsfrist der Anfechtungsklage je nach der Verschiedenheit der Anfechtungsgründe verschieden festgesetzt wird. Einen Theil dieser besonderen Bestimmungen enthält aber bereits das gegenwärtige Hauptstück in den Art. 4, 6, 20, 29, 30. **(Art. 83.)**

Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit wie jene der Nichtigkeit fällt bei einem nicht vollzogenen Rechtsgeschäfte in das Gebiet der Vertheidigung gegen den Anspruch, welcher aus dem anfechtbaren Geschäfte gegen den zur Anfechtung Berechtigten erhoben werden will kann daher anerkannten Rechtsgrundsätzen zufolge einer Verjährung nicht unterliegen. **(Art. 84 Abs. 1.)** Ist aber zum Zwecke des Vollzugs des Geschäftes bereits eine Leistung von Seite des Anfechtungsberechtigten bewirkt worden, so wird vermöge des Anfechtungsrechtes ein Anspruch auf Rückforderung des Geleisteten begründet, welcher den besonderen Bestimmungen über die Verjährung der zur Geltendmachung des be-

treffenden Anfechtungsgrundes dienenden Klage unterliegt. Je nach der Verschiedenheit der Gründe der Rückforderung bemißt sich auch der Umfang dieses Rückforderungsrechtes, und es erschien zweckmäßig hier sofort auf die Bestimmungen hinzuweisen, welche diesen Umfang je nach den besonderen Umständen bei der Materie der Condiktionen regeln. (**Art. 84 Abs. 2, 3 und 4.**)

Das anfechtbare Geschäft muß seine Anfechtbarkeit durch jede rechtliche Thatsache verlieren, infolge welcher jenes besondere Recht erlischt, welches dem Anfechtungsberechtigten zusteht. Dieß ist aber der Fall bei einem Verzichte auf dieses Recht und bei einer ausdrücklichen oder thatsächlichen Gutheißung des anfechtbaren Geschäftes von Seite des zur Anfechtung Berechtigten. Insoferne der Grund der Anfechtbarkeit auf einer Mangelhaftigkeit der Willensbestimmung (Zwang, Betrug) oder auf der beschränkten Handlungsfähigkeit eines Theiles zur Zeit des Geschäftsabschlusses beruht — (ein Fall, welchen die Doktrin in die Reihe der nichtigen Geschäfte, gleichwohl unter wesentlicher Modifikation der Grundsätze über letztere stellt) — kann die Bekräftigung des Geschäfts von Seite des Anfechtungsberechtigten nur dann wirksam seyn, wenn der Anfechtungsgrund zur Zeit der Bekräftigung nicht mehr wirkt, nicht mehr besteht. So können der Gezwungene, der Betrogene, und die im Art. 4 bezeichneten Personen, das Geschäft nur nach Beseitigung der Einwirkung des Zwanges, nach Erkenntniß des durch den Betrug hervorgerufenen Irrthums nach erreichter Großjährigkeit oder erlangter Selbständigkeit wirksam bekräftigen. Unter dem Fortbestande des Zustandes, welcher die beschränkte Handlungsfähigkeit der im Art. 4 bezeichneten Personen zur Folge hat, kann das Geschäft seine Anfechtbarkeit nur dann verlieren, wenn die gesetzlichen Vertreter jener Personen oder die betreffende pflegschaftliche Behörde dasselbe genehmigt haben. (**Art. 86.**)

Für die ausdrückliche Bekräftigung und Genehmigung eines anfechtbaren Geschäftes erschien es, um deren Existenz zur Sicherheit des Verkehrs festzustellen und festzuhalten, zweckmäßig, die schriftliche Form vorzuschreiben. Insoferne die Genehmigung der gesetzlichen Vertreter der im Art. 4 bezeichneten Personen noch an eine besondere Form nach den betreffenden Bestimmungen der besonderen Theile des Gesetzbuches geknüpft wird, ist selbstverständlich auch diese einzuhalten. (**Art. 87.**) Keiner Rechtfertigung bedarf es ferner, daß die Bekräftigung und Genehmigung durch conkludente Handlungen, welche einer ausdrücklichen gleichstehen muß, durch die im **Art. 88** besonders bezeichneten Handlungen und durch jede andere bewirkt werden könne, welche auf die Gutheißung des anfechtbaren Geschäftes mit voller Sicherheit schließen läßt.

Wie schon zu Art. 83 bemerkt, muß die Bekräftigung oder Genehmigung auf die Errichtung des anfechtbaren Geschäftes zurückwirken. Dadurch werden aber die während des Bestehens der Anfechtbarkeit von Dritten erworbenen Rechte nicht berührt, weil dieselben inzwischen durch ein giltiges Rechtsgeschäft erworben wurden. Bei der großen Verschiedenheit der Geschäfte, welche einer Anfechtung unterliegen, muß es den besonderen Bestimmungen des Gesetzbuches vorbehalten bleiben, Ausnahmen von der Regel der Rückwirkung der Bekräftigung

aufzustellen, auch kann der Privatwillkühr in dieser Beziehung keine Fessel angelegt werden. **(Art. 89 Abs. 1.)** Keinenfalls kann aber die Rückwirkung der Bekräftigung auf die während des Bestehens der Anfechtbarkeit verfallenen Verzugszinsen und auf die verwirkte Conventional-Strafe (außer dem Falle einer besonderen Vereinbarung) bezogen werden. Dem Anspruche hierauf konnte nämlich der verpflichtete und anfechtungsberechtigte Theil immerhin die Anfechtbarkeit des Geschäftes entgegenhalten und dessen Aufhebung verlangen. Derselbe war bis zur Gutheißung des Geschäftes wirksam weder in Verzug gesetzt noch zur Erfüllung bei Vermeidung der Conventional-Strafe verpflichtet, kann daher hinterher nicht so behandelt werden, als wenn Beides in der Wirklichkeit der Fall gewesen wäre. **(Art. 89 Abs. 2.)**

Naturgemäß kann die Bekräftigung eines anfechtbaren Geschäftes nicht weiter reichen als der Anfechtungsgrund, welcher dadurch beseitiget werden soll, reicht; es müssen daher alle Einreden gegen das Geschäft aufrecht bleiben, welche mit diesem Grunde in keinem Zusammenhange stehen. **(Art. 90.)**

Sechste Abtheilung.

Schenkung.

I. Im Allgemeinen.

Der Entwurf folgt der neueren wissenschaftlichen Auffassung, indem er abweichend von den bestehenden Gesetzgebungen der hier behandelten Materie ihre Stelle im „Allgemeinen Theile" zuweist. Sie gehört in der That weder zu den „verschiedenen Arten des Eigenthumserwerbes" — weil durch die Schenkung nicht immer Eigenthum übertragen wird, — noch zu den Schuldverträgen, weil außer dem eigentlichen Schenkungsversprechen noch viele andere Rechtsgeschäfte den Charakter der Schenkung an sich tragen können und den hier aufzustellenden allgemeinen Vorschriften unterworfen werden müssen, während der Schenkungsvertrag allerdings einige eigenthümliche Bestimmungen erfordert. Diese verschiedenen Richtungen der Schenkung sind im Art. 92 bezeichnet; als allgemeines Merkmal stellt aber der **Art. 91** eine Freigebigkeit auf, welche in der Art bezweckt wird, daß der Schenker aus seinem Vermögen, ohne ein entsprechendes Entgelt und ohne daß dazu eine rechtliche Verpflichtung besteht, dem Beschenkten eine Bereicherung zuwendet. Jedes Rechtsgeschäft, welches auch seine Form und sein Object seyn mag, erlangt die Eigenschaft einer Schenkung insoweit, als es diese charakteristischen Merkmale an sich trägt.

Daß die durch letztwillige Verfügungen und durch Erbverträge bethätigte Freigebigkeit der besonderen Behandlung vorbehalten sind, bedarf wohl keiner Erörterung. Dagegen wurden die Schenkungen von Todeswegen, trotz ihrer Verwandtschaft mit den Vermächtnissen und ihrer Eigenthümlichkeit in Betreff des dem Schenker in der Regel unbedingt zustehenden Widerrufsrechtes, gleichzeitig mit der

Schenkung unter Lebenden behandelt, welcher sie überwiegend dadurch näher stehen, daß sie ebenfalls durch Vertrag unter Lebenden bewirkt werden und selbst bei Lebzeiten des Schenkers einstweilen vollzogen werden können.

Aus der oben bezeichneten Natur der Schenkung, daß die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte ihren Charakter annehmen können, ergiebt sich von selbst, daß die hier aufgestellten Grundsätze den allgemeinen Bestimmungen über das einzelne Geschäft, durch welches eine Schenkung bethätiget wird, nur insoweit derogiren, als es der Charakter des Geschäftes als Schenkung mit sich bringt, und daß dasselbe im Uebrigen nach den betreffenden allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden muß.

Dieses gilt insbesondere von dem ein Schenkungsversprechen enthaltenden Schuldvertrage und den übrigen im **Art. 92 Abs. 1** bezeichneten freigebigen Rechtshandlungen. Die Vorschriften des Gesetzbuches über die Tradition des Eigenthums und die Uebertragung anderer dinglicher Rechte an Sachen, sowie über die Uebertragung von Forderungen kommen ebenfalls auch hier überall zur Anwendung, soweit für die Schenkung nicht etwas besonderes verfügt ist.

Zu den weiteren einzelnen Bestimmungen dieses Abschnittes, soweit sie eine besondere Rechtfertigung erfordern, wird Folgendes bemerkt:

Der **Art 92 Abs. 2** setzt die Grenzlinie fest, innerhalb welcher die unentgeltliche Leistung von Diensten oder die Besorgung fremder Angelegenheiten den Charakter einer Schenkung annimmt. — Daß der Verzicht auf ein noch nicht erworbenes wenn auch bereits angefallenes Vermögensrecht zu Gunsten eines Anderen nicht als Schenkung zu betrachten sey (Abs. 3), liegt im Begriffe der Schenkung, welcher erfordert, daß die Zuwendung aus dem wirklichen Vermögen des Schenkers entnommen sey, was eine bereits vollendete Erwerbung voraussetzt.

Wenn bei einem auf gegenseitige Leistungen gerichteten Rechtsgeschäfte aus Rücksichten des Wohlwollens und der Freigebigkeit eine ungleiche Festsetzung der Leistungen und Gegenleistungen eintritt, so ist jede *wissentliche* in solcher Absicht geschehene Ueberschreitung der vollkommenen Gleichheit der Werthe als Schenkung zu betrachten. Da aber der erforderliche Beweis der Absicht hier schwer zu liefern ist, so erschien es zweckmäßig, für den Fall eines sehr großen Mißverhältnisses der gegenseitigen Leistungen eine gesetzliche Präsumtion aufzustellen. (**Art. 93 Abs. 2.**)

Eine besondere Aufmerksamkeit des Gesetzgebers nehmen die remuneratorischen Schenkungen in Anspruch. Es wäre bedenklich, der Anwendung der allgemeinen Grundsätze in Betreff der erforderlichen Form, der Widerruflichkeit wegen Verletzung des Pflichttheils u. s. w. alle Schenkungen zu entheben, welche aus Rücksicht der Dankbarkeit für geleistete Dienste gemacht werden, zumal da der größte Theil aller Schenkungen überhaupt an Personen gemacht wird, welche dem Schenker in irgend einer Weise gefällig gewesen sind. Es ließe sich solches jedenfalls nur unter der Beschränkung rechtfertigen, daß der Werth der geleisteten Dienste dem Betrage der Remuneration gleichstehe. Zur Anlegung dieses Maaßstabes würde es aber an einem festen Anhaltspunkte fehlen. Sicherer und einfacher ist

es daher, von dem Grundsatze auszugehen, daß auch eine solche Freigebigkeit im Allgemeinen in das gesetzliche Gebiet der Schenkung fällt, soweit dem Beschenkten kein klagbarer Anspruch auf eine Gegenleistung zur Seite steht. Eine Ausnahme ist jedoch für die Belohnung von Diensten geboten, für welche eine solche üblich ist, insoferne dieselbe das gewöhnliche Maaß nicht übersteigt, weil in einem solchen Falle die Annahme begründet ist, daß die Belohnung nur die Erfüllung eines stillschweigend auf Vergeltung gerichteten Vertrages enthalte. Außerdem läßt der Entwurf bei der remuneratorischen Schenkung den Widerruf wegen Undankes des Beschenkten nicht zu (**Art. 107 Abs. 2**), weil die moralische Verpflichtung, welche der Schenker gegen den Beschenkten durch eine solche Schenkung erfüllt, durch das spätere Betragen des Letzteren nicht als aufgehoben betrachtet werden kann.

Endlich wurde die gemeinrechtliche Bestimmung beibehalten, daß eine Belohnung, welche der Schenker für die Rettung seines Lebens oder des Lebens seiner Angehörigen gewährt, den Beschränkungen der Schenkung nicht unterliegt, was sich durch die ganze besondere Wichtigkeit solcher Dienste rechtfertiget. **(Art. 94.)**

Die Zulässigkeit einer das ganze Vermögen des Schenkers umfassenden Schenkung konnte nicht wohl ausgeschlossen werden. Dagegen unterliegt die Zulassung der Schenkung künftigen Vermögens überwiegendem Bedenken. Denn wenn auch hierin der Standpunkt des römischen Rechtes für uns nicht als maaßgebend betrachtet werden kann, so darf es doch nicht geduldet werden, daß eine Person sich jeder Erwerbsfähigkeit zum eigenen Nutzen für alle Zukunft und für alle Wechselfälle, welche im Augenblicke einer solchen Verfügung sich gar nicht übersehen lassen, unwiderruflich entäußere. Daher läßt der **Art. 95** eine solche Schenkung nur in bestimmten, durch das Gesetz ausgenommenen Fällen zu (wozu insbesondere der Ehevertrag gehört).

Die beiden Hauptklassen der Schenkung unterscheiden sich durch die charakteristischen Merkmale, welche der **Art. 96** bezeichnet. Nicht selten gibt jedoch die Fassung des Rechtsgeschäftes dem Zweifel Raum, ob eine Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen beabsichtiget sei. Derselbe Gesichtspunkt, welcher die Vermuthung zu Gunsten der Resolutivbedingung, der Suspensivbedingung gegenüber empfiehlt (Art. 37 Abs. 2), wird auch hier als maaßgebend angenommen. Es wird vermuthet, daß die Absicht auf ein sogleich in volle Geltung tretendes Geschäft gerichtet war. **(Art. 96 Abs. 3.)**

Der Schenkungsvertrag unter Lebenden setzt eine wohlüberlegte, unwiderrufliche Willensbestimmung und ein bestimmtes der Verfügung unterstelltes Object voraus. **(Art. 95.)** Alle Gesetzgebungen erkennen das Bedürfniß an, unüberlegten, durch augenblickliche Eindrücke motivirten, den Vermögensstand des Schenkers und seiner Familie gefährdenden Schenkungszusagen eine wohlthätige Schranke durch Anordnung strenger Formen des Vertrages zu setzen. Früher glaubte man diesem Bedürfnisse dadurch zu genügen, daß Schenkungen über einen bestimmten hohen Betrag der gerichtlichen Insinuation unterworfen wurden. Gegen dieses System erhebt sich jedoch das Bedenken, daß jener Betrag für die Vermögensverhältnisse der einer

obrigkeitlichen Ueberwachung gerade am meisten bedürfenden Mehrzahl unserer Staatsangehörigen viel zu hoch gegriffen ist, während derselbe für den Wohlhabenderen als eine Kleinigkeit erscheint. Eine amtliche Untersuchung der Angemessenheit der Schenkungssumme zu den Vermögensverhältnissen des Schenkers (vgl. Bayer. Landrecht Thl. III. Cap. 8 §. 7 Nr. 5) paßt nicht mehr auf unsere heutigen Verhältnisse. Der Entwurf stellt statt dessen im Allgemeinen die Anforderung der Errichtung einer öffentlichen Urkunde für das Schenkungsversprechen auf, als Garantie der Ernstlichkeit und der reifen Ueberlegung, mit welcher der Schenkende vor dem zur Errichtung der Urkunde berufenen öffentlichen Beamten auf seinem Entschlusse beharrt. Nur für ganz unbedeutende Beträge, für welche diese Form zu umständlich erscheinen möchte, wurde davon Umgang genommen. Aber auch hier werden jene Garantien wenigstens dadurch erzielt, daß die Zusage schriftlich gegeben werden muß. Ueberdies wird die öffentliche Beurkundung bei gewissen an sich besonders wichtigen Gegenständen, oder vermöge des allgemeinen Princips: der Nothwendigkeit der öffentlichen Verlautbarung aller Verträge über Liegenschaften und dingliche Rechte hieran unabhängig von einer Werthsberechnung gefordert. **(Art. 97, 99.)**

Dagegen wird im Falle des rechtswirksamen freiwilligen Vollzuges eines Schenkungsversprechens, welches der vorgeschriebenen Form entbehrt, das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, soferne nicht die Ausnahme des Art. 99 eintritt, weil diese Erfüllung jeden Zweifel über Ernstlichkeit und reife Ueberlegung bei der Willensbestimmung des Schenkers ausschließt. **(Art. 97 Abs. 3.)**

Aus demselben Gesichtspunkte, im Zusammenhalte mit den obigen Bemerkungen zu Art. 92 rechtfertiget sich die Bestimmung des **Art. 98.**

Der Schenkungsvertrag erfordert schon nach allgemeinen Grundsätzen die Uebereinstimmung des Willens beider Parteien. Ein einseitiges Schenkungsversprechen begründet daher keine Verbindlichkeit, so lange es nicht acceptirt ist. Die Schenkung kann aber auch durch andere Rechtsgeschäfte bewirkt werden **(Art. 91, 92)**, bei welchen es völlig unerheblich ist, ob der Beschenkte von dem Rechtsgeschäfte und der Absicht des Schenkers Kenntniß habe: wie bei Verwendungen, welche zum Vortheil desselben ohne die Absicht eines Ersatzanspruches gemacht werden, bei seiner Befreiung von der Schuld an einen Dritten durch Zahlung oder Expromission u. dgl. Hier fällt die Nothwendigkeit der Acceptation von selbst hinweg. **(Art. 100 Abs. 1.)**

Hinsichtlich der Form der Acceptation, — wo sie nothwendig ist, — folgt der Entwurf der liberaleren Auffassung des römischen Rechts. Der strenge Formalismus des französischen Rechts (Art. 932) beruht bekanntlich auf besonderen Rücksichten, welche für uns keine Beachtung in Anspruch nehmen können. **(Art. 100 Abs. 2.)**

Wenn auf dem geschenkten Gegenstande Lasten ruhen, so kann nicht wohl angenommen werden, daß der Schenker gemeint sey, diese Lasten abzulösen, wenn er sich dazu nicht besonders anheischig gemacht hat. Weit näher liegt die Vermuthung, daß er den Gegenstand der Schenkung, wie er sich eben befindet, auf

den Beschenkten übertragen wollte. Die Lasten gehen daher auf diesen über. Diese Annahme rechtfertigt sich selbst in Bezug auf die persönliche Haftung für Schulden des Schenkers, welche ausschließlich auf der geschenkten Sache durch Hypothek gesichert sind. **(Art. 101.)** Aus demselben Gesichtspunkte fällt hier im Falle einer Entwährung die bei onerosen Rechtsgeschäften die Regel bildende Verpflichtung zur Eviktionsleistung hinweg. Dem Schenker kann in keinem Falle ein weiterer Vermögensaufwand zur Surrogirung des entwährten Gegenstandes zugemuthet werden, wenn er sich dazu nicht besonders verpflichtet hat. Die Unterscheidungen, welche in diesem Punkte die Doktrin macht, entsprechen der präsumtiven Absicht des Schenkenden nicht.*) Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß er sich gegen den Beschenkten keiner Unredlichkeit schuldig gemacht habe, wie z. B. wenn er mit dem Bewußtseyn schenkte, daß die geschenkte Sache nicht sein Eigenthum sey. Außerdem darf dem Beschenkten durch die Entwährung niemals ein Verlust an seinem eigenen Vermögen verursacht werden; er muß daher zurückempfangen, was er vermöge der der Schenkung beigefügten Auflage geleistet hat. **(Art. 102.)**

Der allgemeine Grundsatz, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers in der Regel auf die Erben übergehen, findet im Allgemeinen auch auf Schenkungen Anwendung. Eine Ausnahmsbestimmung erscheint jedoch nothwendig für den Fall des Versprechens einer dem Beschenkten in regelmäßig wiederkehrenden Fristen zu leistenden Unterstützung, weil hier in Ermanglung einer entgegenstehenden ausdrücklichen Erklärung des Schenkungsvertrages die Vermuthung begründet ist, daß die Zusage nur auf die persönlichen Verhältnisse beider Parteien berechnet und nicht auf eine unbestimmte Dauer selbst nach dem Tode der einen derselben gemeint sey. Es versteht sich von selbst, daß dieses auf Schenkungen, welche erst durch den Tod des Schenkers wirksam werden sollen, keine Anwendung findet. **(Art. 103.)**

Aus dem Gesichtspunkte, daß eine Schenkung unter Lebenden nur in soweit zu Recht besteht, als sie von der ferneren Willkühr des Schenkers unabhängig, — unwiderruflich ist, leitet das französische Civilgesetzbuch (Art. 946) die Folge ab, daß, wenn der Schenker sich die Disposition über einen Theil des geschenkten Objektes vorbehalten, darüber aber später keine Verfügung getroffen hat, jener Vorbehalt seinen Erben zu Gute kommen soll. Es erscheint aber angemessener, die Sache so aufzufassen, daß der Schenker durch eine solche Disposition unzweifelhaft den Willen zu erkennen gegeben habe, der vorbehaltene Theil der Schenkung solle ebenfalls dem Beschenkten zufallen, wenn er von dem vorbehaltenen Dispositionsrechte keinen Gebrauch machen würde. Eine solche Klausel des Schenkungsvertrages steht in naher Verwandtschaft mit einer Schenkung auf den Todesfall, hat daher gleichen Anspruch wie diese auf Geltung im Sinne des Schenkers. **(Art. 104.)**

Bei Schenkungen eines ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles des-

*) Siehe Vangerows Leitf. III. §. 610 Anm. 2.

selben sind besondere Vorschriften in Betreff der Uebertragung der Schulden auf den Beschenkten nothwendig, sowohl im Interesse des Schenkers als auch in jenem der Gläubiger, für welche nach allgemeinen Grundsätzen ein direktes obligatorisches Verhältniß zu dem Beschenkten durch einen solchen Vertrag an sich nicht begründet wird, während dem Schuldner die Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen werden. Die **Art. 105 u. 106** treffen für diese Verhältnisse entsprechende Fürsorge.

Ist ein Schenkungsvertrag durch einen rechtsförmlichen Akt abgeschlossen und durch die Annahme des Beschenkten perfekt geworden, oder ist eine unförmliche Schenkung durch freiwillige Vollziehung wirksam geworden, oder ist ohne vorgängigen Schenkungsvertrag durch Verwendung aus dem Vermögen des Schenkers die Bereicherung eines Anderen bewirkt worden, so findet ein einseitiger Widerruf ebensowenig statt, als bei anderen rechtswirksamen obligatorischen Geschäften. Nur aus besonderen Gründen kann es dem Schenker ausnahmsweise gestattet werden, die Schenkung zu widerrufen. Als solche Gründe des Widerrufs erkennt der Entwurf nur folgende an:

1) den Vertragsbruch durch Nichterfüllung der der Schenkung beigefügten, den Beschenkten belastenden Auflagen, **(Art. 107, 108,)**
2) den Undank des Beschenkten durch schwere Beleidigungen oder erhebliche strafbare Handlungen gegen den Schenker oder die nächsten Angehörigen desselben, **(Art. 109, 110,)**
3) die Schmälerung des Pflichttheiles der Notherben des Schenkers. **(Art. 111—113.)**

Dem in den meisten Gesetzgebungen aufgenommenen Grundsatze, daß die Schenkung eines Kinderlosen dem Widerrufe unterliege, wenn demselben später ein Kind geboren wird, konnte nicht beigepflichtet werden, weil er das Prinzip der Heiligkeit geschlossener Verträge tief verletzt und in vielen Fällen eine nicht zu rechtfertigende Härte gegen den Beschenkten mit sich führt. Hat dieser im Vertrauen auf das ihm durch die Schenkung zu Theil gewordene Vermögen seine Lebenseinrichtung getroffen, eine Familie begründet, so könnte er durch jenes ihm ganz fremde Ereigniß, wenn dadurch der Widerruf der Schenkung bedingt würde, geradezu dem Elende preisgegeben seyn. Hiezu kommt die weitere Betrachtung, daß die Zulassung der Revokation sich höchstens nur für solche Fälle rechtfertigen ließe, wo der Werth der Schenkung in einem auffallenden Mißverhältnisse zu dem Vermögensstande des Schenkers zur Zeit der Schenkung und zur Zeit der Geburt des Kindes steht, was auch die Praxis des gemeinen Rechtes annimmt. Dem wahren Bedürfnisse wird besser Rechnung getragen, wenn das Gesetz dem Schenker in solchem Falle keinen Widerruf gestattet, den später gebornen Kindern aber auch hier der Pflichttheil und der Unterhalt aus dem elterlichen Vermögen einer unbedachten, übermäßigen Freigebigkeit der Eltern gegenüber **(Art. 113, 120 Abs. 3)** gesichert wird.

Endlich wurde der beschränkte Widerruf, welchen das preußische und das österreichische Recht dem in Armuth verfallenen Schenker gestatten, sowie der im

französischen Rechte begründete gänzliche Widerruf wegen der dem Schenker in solchem Falle von dem Beschenkten verweigerten Unterstützung, nicht aufgenommen, weil sie mit dem Grundsatze der Unwiderruflichkeit der Schenkung im Widerspruche stehen und sich durch die Unterstellung einer Clausula rebus sic stantibus nicht genugsam rechtfertigen. Den Rücksichten der Billigkeit wird aber bei nichtvollzogenen Schenkungen dadurch Genüge gethan, daß dem Schenker hinsichtlich des Anspruches aus der Schenkung die Rechtswohlthat der Competenz gestattet wird. (Art. 92 Nr. 4 Thl. II.)

Ueber die einzelnen hiernach zulässigen Fälle des Widerrufes wird Folgendes bemerkt:

Wenn der Beschenkte die dem Schenkungsvertrage beigefügten Zweckbestimmungen (Art. 63—68) nicht erfüllt, so macht er sich eines Vertragsbruches schuldig und es muß dem Schenker gestattet seyn, auch seinerseits vom Vertrage zurückzutreten, ohne Unterschied, ob die Zweckbestimmung sein eigenes Interesse oder das Interesse eines Dritten bezielt, oder ob sie irgend eine andere Richtung hat. In dem ersten Falle ist er aber auch berechtigt, auf der Vollziehung des Vertrages zu bestehen. Seine Wahl zwischen beiden Klagen ist für ihn in der Regel bindend. (Art. 260 Thl. II.) Es erscheint jedoch sachgemäß, ihm die Rückkehr zu der Klage auf Widerruf für den Fall zu gestatten, wenn er auf dem gewählten anderen Wege durch die Hartnäckigkeit des Beschenkten nicht zum Ziele gelangen kann. **(Art. 108.)**

Die Zulassung des Widerrufes einer Schenkung wegen Undankes des Beschenkten darf nicht über gewisse Grenzen ausgedehnt, sie darf nicht zum Deckmantel für den launenhaften Wechsel der Gesinnungen des Schenkers mißbraucht werden, während von dem Beschenkten mit Recht verlangt werden kann, daß er sich keiner gröblichen Verletzung der durch die empfangene Wohlthat begründeten Pflicht der Dankbarkeit schuldig mache. Vor Allem muß als eine solche Verletzung jede vorsätzliche Handlung gegen das Vermögen oder die Person des Schenkers betrachtet werden, durch welche der Beschenkte eine öffentliche Strafe verwirkt, soferne diese Handlung als eine erhebliche Rechtsverletzung sich darstellt. Als solche kann aber nicht jede blos polizeilich strafbare Handlung angesehen werden. Hinsichtlich anderer Beleidigungen muß es der richterlichen Würdigung anheimgestellt werden, was nach der Persönlichkeit und den gegenseitigen Verhältnissen der Parteien als schwere, die Pflicht der Dankbarkeit gröblich verletzende Beleidigung zu betrachten sei. Die nämlichen Worte oder Handlungen, welche, wenn der Sohn sich derselben gegen den Vater schuldig macht, schwere Beleidigungen sind, werden es vielleicht zwischen andern Personen nicht seyn. Ebenso kommt es auf die Bildungs- und Gesittungsstufe, auf welcher beide Theile stehen, wesentlich an. **(Art. 109.)** Der Schenker kann auch in der Person seiner nächsten Angehörigen empfindlich gekränkt werden. Eine völlige Gleichstellung jedoch würde hier leicht zu weit führen. Deshalb läßt hier der Entwurf (Abs. 2 des angeführten Artikels) den Widerruf wegen einer strafrechtlich verpönten Handlung nur in dem Falle zu, wenn dieselbe gegen die Person des Angehörigen gerichtet ist.

Der aktive und passive Uebergang der Widerrufsklage auf die Erben ist in dem Falle der Nichterfüllung der Auflage des Schenkungsvertrages aus einem anderen Gesichtspunkte zu beurtheilen, als in dem Falle des Undanks. Im ersteren Falle unterliegt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Uebergang der obligatorischen Verhältnisse auf die Erben keinem überwiegenden Bedenken. **(Art. 108 Abs. 1.)** Anders im zweiten Falle. Ob der von dem Beschenkten bekundete Undank nach den zwischen den Parteien bestehenden persönlichen Beziehungen schwer genug ins Gewicht falle, um den Schenker zum Widerrufe zu bestimmen, vermag nur er selbst zu beurtheilen. Er kann auch eine anscheinend grobe Verletzung verzeihen wollen. Diese Rücksicht fällt aber hinweg, wenn der Schenker bereits seinen Willen, von dem Rechte des Widerrufs Gebrauch zu machen, unzweideutig und ernstlich kundgegeben hat. Hier kann die Transmission jenes Rechts sowohl zu Gunsten seiner Erben als auch gegen die Erben des Beschenkten keinem Bedenken unterliegen. Den Erben des Schenkers muß aber der Widerruf gegen den Beschenkten auch für den Fall gestattet werden, wenn der Schenker durch die Schuld desselben das Leben verloren hat, ohne daß es darauf ankommt, ob es dem Schenker noch möglich gewesen sey, sich hierüber zu erklären; weil sonst der Beschenkte gerade im Falle der schwersten Pflichtverletzung der verdienten Folge derselben meistens entgehen würde. **(Art. 110.)**

Bei dem Widerrufe der Schenkungen wegen Verletzung des Pflichttheils sind hinsichtlich der Berechnung des letzteren verschiedene Systeme möglich. Der **Art. 111** geht davon aus, daß das Erbrecht der Pflichttheilsberechtigten erst mit dem Tode des Erblassers begründet ist, daß daher nur der Vermögensstand zur Zeit des Todes hier maßgebend seyn kann, mit Rücksicht darauf, um wie viel der Nachlaß mehr betragen würde, wenn die Schenkung unterblieben wäre. Hat sich das Vermögen des Erblassers nach der Schenkung in der Art vermehrt, daß die Notherben nach Hinzurechnung des Betrages der Schenkung zu dem Nachlasse ihren vollen nach der Summe dieser beiden Faktoren berechneten Pflichttheil aus dem wirklich vorhandenen Vermögen empfangen, so können sie keinen weiteren Anspruch daraus ableiten, daß die Schenkung mit dem früheren Vermögensstande ihres Erblassers nicht im Verhältnisse gestanden habe. Aber auch im Falle der Verminderung des Vermögens kann ihr Anspruch ohne Unbilligkeit sich nicht weiter erstrecken, als daß nunmehr der durch Schenkung hinweggekommene Theil des Vermögens bei der Festsetzung des Pflichttheils in Ansatz gebracht werde. Das entgegengesetzte System, nach welchem die Reduktion lediglich nach dem Vermögensstande zur Zeit der Schenkung bemessen wird, entbehrt nicht nur der inneren Berechtigung, sondern führt außerdem auch praktisch große Mißstände mit sich, da es von der Erhebung längst vergangener Vermögenszustände ausgehen muß.

Die **Art. 116—118** setzen die Wirkungen des Widerrufes einer vollzogenen Schenkung fest, ausgehend von dem Gesichtspunkte, daß der auf die Schenkung gegründete Besitz bis zur Anstellung der Widerrufsklage als ein auf gutem Glauben beruhender betrachtet werden muß, jedoch mit Ausnahme der im

Art. 117 bezeichneten Fälle. Im **Art. 119** endlich wird für die Erhebung der Widerrufsklage eine kurze Verjährungszeit festgesetzt. Man kann ohne Unbilligkeit von dem Schenker verlangen, daß er sich in einer nicht allzulangen Frist nach der Eröffnung des Widerrufsgrundes schlüssig mache, ob er demselben Folge geben will oder nicht.

In wie weit anderen Personen, namentlich den Gläubigern, das Recht zusteht, eine Schenkung anzufechten, ist an den geeigneten Orten bestimmt. Hier wurde aber, in Uebereinstimmung mit andern deutschen Gesetzgebungen, Fürsorge zur Wahrung des Interesse solcher Personen getroffen, welche von einer andern den Lebensunterhalt zu fordern berechtiget sind. Es sprechen hiefür ähnliche Rücksichten, wie sie den Bestimmungen über die Revokation und Reduktion der Schenkungen wegen Verletzung des Pflichttheils zu Grunde liegen. **(Art. 120—121.)**

2. Schenkungen auf den Todesfall.

Die Schenkung auf den Todesfall steht mit der Schenkung unter Lebenden unter denselben Begriffsbestimmungen (Art. 91), sie wird in derselben Form bethätiget, — es finden daher im Allgemeinen die bisher erörterten Vorschriften auf dieselbe ebenfalls Anwendung. Sie steht aber den Vermächtnissen insoferne gleich, als die Erfüllung des Schenkungsversprechens nur erst aus dem Nachlasse des Schenkers erfolgen soll. In dieser Beziehung verweist der **Art. 122** auf die Bestimmungen über die ersteren. Insbesondere gilt diese Gleichstellung hinsichtlich der Grundsätze über das Anwachsungsrecht, welche auf Schenkungen unter Lebenden keine Anwendung finden können. Besondere Vorschriften wurden für nothwendig erachtet über den Fall, wenn ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall gemacht ist, dasselbe von dem Schenker aber schon bei Lebzeiten vollzogen wird, worüber die bestehenden Gesetzgebungen keine genügenden Bestimmungen enthalten, während die neueren theoretischen Forschungen nutzbares Material darbieten. Es entspricht dem hier eintretenden besonderen Verhältnisse, die Intention des Schenkers so aufzufassen, daß er zwar die sofortige Uebertragung der den Gegenstand der Schenkung bildenden Sachen und Rechte zum Eigenthum des Beschenkten beabsichtige, daß er aber, wenn dieses nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, den Charakter der Widerruflichkeit einer solchen Schenkung nicht aufheben wolle. **(Art. 123.)**

In dieser Befugniß des Schenkers, seine Willensbestimmung ohne alle Motivirung beliebig zurückzunehmen, liegt die weitere allen Verfügungen auf den Todesfall gemeinsame Besonderheit dieser speziellen Art der Schenkung.

Ein solcher Widerruf kann sowohl durch eine ausdrückliche schriftliche Erklärung geschehen, als auch stillschweigend durch die im **Art. 124 Abs. 3** bezeichneten Handlungen, aus welchen die Absicht des Widerrufes unzweifelhaft hervorgeht.

Da eine solche Schenkung erst durch den Tod des Schenkers wirksam wird, so verliert sie ihre Giltigkeit von selbst, wenn der Beschenkte vorher stirbt. Der Umstand, daß die Schenkung zu einer Zeit gemacht wurde, wo der Schenker sich in einer Todesgefahr befand, welche er sodann glücklich übersteht, kann für sich

allein die Aufhebung der Schenkung nicht begründen, weil nicht mit Sicherheit anzunehmen ist, daß dieses der Intention des Schenkers entspreche. Die augenblickliche Gefahr kann möglicherweise auch nur den nächsten Anstoß gegeben haben zu einer Verfügung, zu welcher derselbe ohnehin entschlossen war, die er daher absichtlich nach vorübergegangener Gefahr bestehen läßt, ohne von seinem Widerrufsrechte Gebrauch zu machen. Eine solche Schenkung kann daher ihre Giltigkeit in Ermangelung des wirklichen Widerrufes nur alsdann verlieren, wenn sie ausdrücklich auf den Erfolg des Todes des Schenkers in dieser Gefahr gestellt war. **(Art. 125.)**

Der mögliche Fall, daß der Beschenkte vor dem Tode des Schenkers bereits in den Besitz der von Todeswegen geschenkten Sache gesetzt worden ist, die Schenkung aber nachher widerrufen oder durch den Eintritt einer der Voraussetzungen des Art. 125 entkräftet wird, erfordert ebenfalls einige besondere Bestimmungen, welche die **Art. 126, 127** der hiedurch begründeten Sachlage entsprechend ertheilen (vgl. Art. 44, 45).

Siebente Abtheilung.

Vergleich.

Der Vergleich als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, durch welches zur Beseitigung der Ungewißheit von Rechtsansprüchen Vermögensveränderungen jeder Art ohne Unterschied ihres Entstehungsgrundes vorgenommen, sowie andere zweifelhafte Rechtsverhältnisse geregelt werden können, kann in dem Systeme weder als ein besonderer Schuldvertrag behandelt noch weniger aber zu der Aufhebung der Schuldverhältnisse allein gestellt werden; er findet vielmehr (wie bereits im Eingange der Motive zu dem gegenwärtigen Hauptstücke bemerkt wurde) am zweckmäßigsten in dem allgemeinen Theile des Gesetzbuches seine Stellung, als ein, gleich der Schenkung, allgemein in Rechtsverhältnisse eingreifendes, jedoch im Gegensatze zu letzterer, entgeltliches Rechtsgeschäft.

Die Voraussetzung und der Gegenstand des Vergleiches sind ungewisse Rechtsverhältnisse; sein Zweck ist die Beseitigung dieser Ungewißheit durch die Herstellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses und das Mittel muß ein gegenseitiges Nachgeben an den vermeintlichen oder wirklichen Rechten seyn. Wird demnach eine Vermögensveränderung oder das Zugeständniß hinsichtlich eines anderen Rechtsverhältnisses von Seite des einen Theils zu Gunsten des anderen bewirkt, ohne daß hiebei die Voraussetzung der Ungewißheit des entäußerten Rechts besteht, oder geschieht die Entäußerung eines zwar ungewissen oder streitigen Rechts ohne irgend ein dem Entäußernden vortheilhaftes gegentheiliges Zugeständniß, so ist das Geschäft, seiner Bezeichnung als Vergleich ungeachtet, nach den Grundsätzen über Erlaß und Schenkung zu beurtheilen. Das gegenseitige Zugeständniß, das gegenseitige Nachgeben kann selbstverständlich in so vielen Gestalten vorkommen, als es

möglich ist, einem Anderen eine Vermögensbereicherung oder einen sonstigen Rechtsanspruch zuzuwenden. So kann z. B. für das völlige Nachgeben des einen Theiles entweder eine Sache in das Vermögen des Nachgebenden gebracht, ein Personenstandsanspruch desselben anerkannt oder ein anderer Anspruch gegen ihn aufgegeben wie auch eine Verpflichtung zu seinem Vortheile übernommen werden. **(Art. 129.)**

Der rechtliche Inhalt des Vergleiches, bestehend in einer gegenseitigen Veräußerung oder Entsagung (vgl. Art. 5), ist auf Seite der Abschließenden durch deren freies Verfügungsrecht über den Gegenstand bedingt. **(Art. 130.)**

Bei dem Zwecke des Vergleiches: an der Stelle des Streites oder der Ungewißheit ein bestimmtes, festes Rechtsverhältniß zu schaffen, erscheint es zweckmäßig, um neuerliche Weiterungen und Ungewißheiten zu verhüten, zur Giltigkeit dieses Rechtsgeschäftes die schriftliche Abfassung vorzuschreiben. Insoferne das Gesetz für eine durch den Vergleich bewirkte Vermögensveränderung (wie bei der Eigenthumsübertragung von Liegenschaften) noch eine besondere Form vorschreibt, ist auch diese einzuhalten. **(Art 131.)** NB.

Die Ungewißheit des Rechtsanspruches kann darin bestehen, daß über dessen Bestehen selbst ein Rechtsstreit bereits anhängig oder zu befürchten ist, oder daß wenigstens der Umfang des Anspruches von ungewissen Umständen abhängt, wie bei dem Vergleiche über Alimente, sowie dann, wenn die Größe des Anspruches noch von dem Ergebnisse weitaussehender Liquidationen oder eines Rechnungsprozesses abhängt. Eine objektive Zweifelhaftigkeit der Rechtsansprüche wird bei dem Vergleiche nicht erfordert, vielmehr genügt es, wenn derselbe zur Schlichtung oder zur Verhütung eines wenigstens nach der Anschauung der Paziszenten in Aussicht gestellten Rechtsstreites eingegangen wurde. **(Art. 132.)**

Der Vergleich setzt Objekte voraus, welche der Disposition der Paziszenten gesetzlich nicht entzogen sind. In erster Linie kann dieß der Fall seyn, wenn die Aufgebung des Personenstandes durch Vergleich festgesetzt werden wollte. Es erschien jedoch zweckmäßig, die ganze Frage, inwieferne ein Vergleich über den Personenstand zulässig sei, des Zusammenhanges wegen den besonderen Bestimmungen des Gesetzbuchs über den Personenstand vorzubehalten. — Der Rechtsbestand und die Fortdauer einer geschlossenen Ehe muß wegen der Wichtigkeit dieses Instituts als der sittlichen Grundlage der Gesellschaft gleichfalls der Privatwillkühr entzogen seyn. Insoferne aber die Entstehung des ehelichen Bandes auf dem Consense der Ehetheile oder gewisser dritter Personen, somit auf dem Elemente eines reinen Privatvertrages beruht, muß nothwendig ein Vergleich auch darüber wirksam geschlossen werden können, daß eine Ehe giltig seyn solle, welche wegen Mangels des Consenses lediglich von den Ehetheilen und von jenen dritten Personen angefochten werden kann. **(Art. 133.)**

Der Privatwillkühr und also auch dem Vergleiche müssen auch die Verhältnisse des öffentlichen Rechtes entzogen seyn. Hieher gehört die Stellung eines Strafantrages in Fällen, wo von solchem die strafrechtliche Verfolgung abhängig ge-

macht ist. Dagegen können die privatrechtlichen Ansprüche, welche durch Uebertretung der Strafgesetze begründet werden, unbedenklich Gegenstand eines Vergleiches seyn. **(Art. 134.)**

Das Erforderniß der Ungewißheit der Rechtsansprüche bei dem Vergleiche fällt weg, wenn ein rechtskräftiges d. h. mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr anfechtbares Urtheil vorliegt. Jenes Moment kann jedoch wieder hervortreten, wenn entweder die Erlassung eines solchen Urtheiles zwar angezeigt ist, über dessen Daseyn aber Streit entsteht, oder wenn die Vollziehbarkeit eines wirklich vorhandenen Urtheils streitig wird oder endlich wenn durch die Einwendung eines außerordentlichen Rechtsmittels die Wirksamkeit des Urtheils wieder in Frage gestellt wird. Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln ist selbstverständlich das Civilprozeß-Gesetzbuch maßgebend. **(Art. 135.)**

Wird ein Vergleich über eine an sich feststehende Alimentationsverbindlichkeit zur Schlichtung von Streitigkeiten, welche über deren Erfüllung bereits bestehen oder doch zu befürchten sind, dahin abgeschlossen, daß dem Berechtigten eine Abfindung in einem Kapitale oder in liegenden Gütern, und zwar entweder gegen völlige Aufhebung der bisherigen Alimentationsverbindlichkeit oder doch gegen eine erhebliche Veränderung des bisherigen Reichnisses zugewendet wird, so ist einer jener Fälle gegeben, in welchen ausnahmsweise vermöge der Pflicht des Staates, für die Sicherheit der Existenz der Staatsangehörigen Fürsorge zu treffen, die Bevormundung des freien Vertragswillens handlungsfähiger Personen gerechtfertiget erscheint. Der Reiz, welcher in dem Anbieten einer bedeutend erscheinenden Abfindungssumme an der Stelle des fortdauernden Bezugs einer mäßigen Alimentation liegt, ist oft zu mächtig, als daß Personen, welche zu einer umsichtigen Würdigung der in der Zukunft liegenden Verhältnisse nicht befähiget sind, den Abschluß eines ihre Zukunft gefährdenden Vergleiches abzulehnen vermöchten. Der Entwurf verlangt daher zur Giltigkeit solcher Vergleiche die Bestätigung des zuständigen Gerichtes, welches dieselbe nur dann zu ertheilen ermächtiget ist, wenn die vorgenommene Untersuchung der Verhältnisse zu der Ueberzeugung geführt hat, daß die Sicherheit der dem Berechtigten gebührenden Alimentation nicht gefährdet sei. **(Art. 136.)**

Daß Zwang und Betrug wie bei Rechtsgeschäften überhaupt so auch bei dem Vergleiche als Anfechtungsgründe wirken müssen, bedarf keiner Rechtfertigung. **(Art. 137.)** Die Lösung der Frage aber, inwieferne der Irrthum als Nichtigkeitsgrund auch bei dem Vergleiche wirke, ist bekanntlich streitig. Gegenüber der älteren Theorie und der unzureichenden Behandlung dieser Frage in den bisherigen Gesetzgebungen geht der Entwurf im **Art. 138** (zum Theil im Einklange mit der neueren Doktrin) hier von einem einfachen und natürlichen Prinzipe aus. Eine nach den gesetzlichen Regeln (vgl. Art. 69—78) angestellte Forschung nach den Voraussetzungen, von welchen die Parteien, bei dem Vergleichsabschlusse ausgegangen sind, wird jederzeit ergeben, welche thatsächlichen Elemente des streitigen Rechtsverhältnisses sie als gewiß angenommen haben, welche dagegen als un-

gewiß oder zweifelhaft unterstellt wurden. Jeder Irrthum, selbst der wesentliche, muß nämlich wegen des Zweckes eines jeden Vergleiches: ein bestimmtes Rechtsverhältniß an die Stelle des ungewissen zu setzen, — ohne Wirkung bleiben, wenn er sich nicht auf juristische Thatsachen bezieht, welche als gewiß vorausgesetzt sind. Betrifft aber der Irrthum die bei dem Vergleichsabschlusse als feststehend angenommenen Ausgangspunkte, so muß er nothwendig wie bei jedem andern Vertrage wirken und es kömmt der wichtige Unterschied zwischen dem wesentlichen und dem außerwesentlichen Irrthum in ganz gleicher Weise zur Geltung. Ein bei dem Vergleiche untergelaufener Rechnungsverstoß muß dagegen, als der Intention der Parteien zuwiderlaufend, jederzeit geltend gemacht werden können. **(Art. 139.)**

Uebereinstimmend mit den meisten Gesetzgebungen verwirft der Entwurf durch sein Stillschweigen die Verletzung über die Hälfte als Anfechtungsgrund des Vergleiches. Die Zulassung einer solchen Anfechtung würde nicht nur dem Wesen des Vergleiches, sondern auch der Beseitigung derselben beim Kaufe widersprechen.

Der Vergleich vertritt im Rechtsleben seiner Wirkung nach, das Urtheil, weshalb mehrere Grundsätze für beide gleich maßgebend seyn müssen. Dieß ist namentlich der Fall bezüglich der Tragweite der Wirkungen. Dieselben können nicht weiter reichen als der Wille der Paziszenten geht. Bei jedem nach geschlossenem Vergleiche aus dem früheren Rechtsverhältnisse erhobenen Anspruche muß daher aus dem wahren Inhalte des Vergleichs geprüft werden, ob eine Identität zwischen dem verglichenen und dem neu erhobenen Anspruche bestehe. Eine natürliche Folge dieses Prinzipes ist es, daß der alle gegenseitigen Ansprüche ausdrücklich umfassende Vergleich nicht auf solche Ansprüche, welche zur Zeit des Abschlusses den Paziszenten noch nicht bekannt waren, bezogen werden könne, bezüglich welcher Ansprüche es also an dem Vertragswillen der Theile fehlt. Hiebei muß es auch unerheblich erscheinen, ob die Unwissenheit eine entschuldbare sei oder nicht. **(Art. 140.)**

Bei der Frage über die gegenseitige Gewährschaftsleistung für die bei einem Vergleiche vorkommenden Vermögensobjekte muß zwischen der Entwährung des Streitsgegenstandes selbst und der jener Sache unterschieden werden, welche als Ersatz für das Aufgeben des Anspruches dem Aufgebenden entgegengeleistet wird. Derjenige, welcher einen Anspruch auf die streitige Sache oder auf einen anderen streitigen Vermögensgegenstand, wenngleich gegen eine Gegenleistung, durch den Vergleich lediglich aufgibt, kann hinsichtlich der Haftung für Entwährung offenbar nicht gleich mit Jenem behandelt werden, welcher infolge eines andern entgeltlichen Titels eine Sache übereignet. In dem bloßen Aufgeben jenes Anspruches liegt keine Uebertragung des Rechtes, sondern nur das Zugeständniß, daß dieses Recht dem Gegner schon ursprünglich gehört habe. Ein solches Haftungsverhältniß ist aber allerdings dann begründet, wenn der eine Transigent dem anderen für das Aufgeben eines bestrittenen Anspruches einen anderen Vermögensgegenstand eine andere Sache, als Eigenthum überträgt. In dem ersten Falle befreit, wie erwähnt, der eine Theil den Streitgegenstand lediglich

von dem von ihm hierauf erhobenen Anspruche, es mangelt hier an jedem Grunde, um dessen Haftung für die sonstigen Verhältnisse der im Streit befangenen Sache anzunehmen, er muß daher von der Gewährleistung frei seyn. Im zweiten Falle dagegen übereignet der abfindende Theil dem Abgefundenen für dessen Ansprüche auf den Streitgegenstand, also gegen Entgelt, einen anderen Vermögensgegenstand, daher hier die gewöhnliche Haftung aus einer entgeltlichen Veräußerung eintreten muß. **(Art. 141.)**

Bei dem Vergleiche wird keineswegs die ursprüngliche Obligation durch eine neue, an deren Stelle tretende aufgehoben vielmehr nur, wie durch ein Urtheil mit der Aenderung außer Streit gesetzt, daß ein Mehreres oder Anderes, als durch den Vergleich anerkannt wurde, nicht gefordert werden kann. Es müssen daher die Sicherungsmittel der ursprünglichen Obligation, Bürgschaften und Pfandbestellungen, aufrecht bleiben; der Umfang der Haftung wird nur auf jenen Theil der ursprünglichen Obligation, welcher durch den Vergleich unstreitig geworden ist, zurückgeführt. — Durch den Vergleich kann aber auch die Lage des Bürgen und des dritten Pfandbestellers gegenüber dem Gläubiger nicht verschlimmert werden, weshalb denselben, insoferne sie nicht dem Vergleiche beigetreten sind, alle Einwendungen zustehen, welche sie selbst haben oder welche der Hauptschuldner vorher hatte, deren Begebung infolge des Vergleichs gegen den Bürgen nicht wirken kann. (vergl. Art. 877 Abs. 3 Thl. II.) **(Art. 142.)**

Motive

zu dem

Zweiten Theile des Gesetzbuches:

Recht der Schuldverhältnisse.

Erstes Buch.

Von den Schuldverhältnissen im Allgemeinen.

Erstes Hauptstück.

Begriff und Begründung der Schuldverhältnisse.

Ueber das Wesen des Schuldverhältnisses (obligatio) als eines lediglich zwischen Personen bestehenden, auf eine Leistung gerichteten Rechtsverhältnisses und die Unterscheidung desselben von den unmittelbar auf eine Sache gerichteten dinglichen Rechten stimmen alle Gesetzgebungen und die Wissenschaft in der Hauptsache überein. An diese feststehende und in der Natur der Sache gegründete Auffassung schließt sich die im Artikel 1 gegebene Begriffsbestimmung an, wornach ein Schuldverhältniß dasjenige Rechtsverhältniß ist, vermöge dessen Jemand von einem Anderen eine Leistung (Geben, Thun, Unterlassen) zu fordern berechtigt und demgemäß der letztere zu dieser Leistung verpflichtet ist.

Hiernach ist bei dem Schuldverhältnisse, wenn es sich auf eine Sache bezieht, nicht die Sache selbst Gegenstand des Anspruches und der Verbindlichkeit, sondern nur die hierauf sich beziehende Leistung; die Sache ist nur Gegenstand dieser Leistung, folglich nur mittelbar Gegenstand des Anspruches und der Verbindlichkeit, während sie bei dinglichen Rechten der unmittelbare Gegenstand derselben ist, und die Person, gegen welche der Anspruch gerichtet wird, nur insoferne in Betracht kommt, als sich die Sache in deren Besitz befindet.

Neben dem Hauptschuldverhältnisse kann auch eine weitere Forderung und Verpflichtung bestehen, welche durch das Vorhandenseyn der ersteren bedingt ist (Nebenverbindlichkeit). Ein solches accessorisches Schuldverhältniß ist hauptsächlich vorhanden, wenn zu dem den materiellen Inhalt eines Schuldverhältnisses begründenden Entstehungstitel ein nur dessen künftige Realisirung bezweckender besonderer Rechtstitel hinzutritt, z. B. wenn der Schuldner oder ein Dritter zur Sicherung der Forderung eines Andern ein Pfand zu geben oder eine Hypothek zu bestellen verspricht, oder wenn ein Dritter hiefür Bürgschaft leistet. Die accessorische Eigenschaft eines Schuldverhältnisses kann aber auch in dem Gegenstande der Leistung selbst liegen, wenn nämlich ein Gegenstand der Leistung zu einem anderen im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache steht (causa principalis und causa

accessoria), wie dies bei Zinsen, Früchten, Schäden u. dgl. der Fall ist. Daß die Giltigkeit der Hauptverbindlichkeit die nothwendige Voraussetzung der Giltigkeit der Nebenverbindlichkeit ist, geht schon aus dem Begriffe und Wesen der letzteren hervor. Ebenso hat die Erlöschung der Hauptverbindlichkeit, soferne das Gesetz nichts anders verordnet, die Erlöschung der Nebenverbindlichkeit zur Folge.

Fällige Nebenleistungen (causae accessoriae) dagegen werden nicht unbedingt in Folge der Erlöschung der Hauptverbindlichkeit aufgehoben; so wird, wenn die Haupt-Darlehenschuld bezahlt wird, die Verpflichtung zur Entrichtung der rückständigen paktirten Zinsen oder einer bereits verwirkten Conventionalstrafe dadurch nicht aufgehoben. Bei anderen fälligen Nebenleistungen, zu welchen der Schuldner kraft des Gesetzes verpflichtet ist, tritt aber nach einer besonderen Vorschrift des Entwurfes Art. 139 und 140 am Ende die Erlöschung mit der Erlöschung der Hauptverbindlichkeit ebenfalls ein, wenn nicht die hier erwähnte besondere Voraussetzung vorhanden ist. Der **Art. 2 Abs. 2** am Ende hat hiernach nur die Regel aufgestellt, und durch die Hinweisung auf entgegenstehende Bestimmungen des Gesetzes im Anfange dieses Abs. 2 bereits angedeutet, daß Ausnahmen hievon bestehen.

Wird eine erloschene Hauptverbindlichkeit wieder wirksam, so geschieht dieses entweder durch eine auf Privatwillen beruhende Erneuerung oder kraft des Gesetzes. Im ersteren Falle ist die Hauptverbindlichkeit eine neue, selbständige, von dem früheren Entstehungsgrunde verschiedene und kann daher nur so, wie sie erneuert wurde, aufgefaßt werden. Wird hiebei eine Nebenverbindlichkeit, wie sie bei der erloschenen Hauptverbindlichkeit bestand, nicht festgesetzt, oder tritt hier eine neue Voraussetzung zum Eintritte einer solchen nicht ein, so kann sie auch (lediglich deßhalb, weil sie bei der erloschenen begründet war) bei der erneuerten Hauptverbindlichkeit nicht wirksam seyn. Anders verhält es sich, wenn die erloschene Hauptverbindlichkeit kraft des Gesetzes wieder wirksam wird. Denn hier hebt das Gesetz die Erlöschung als nicht geschehen wieder auf, die ursprüngliche Verbindlichkeit tritt als solche auch in ihrem ganzen Umfange wieder ein; es entsteht keine neue Verbindlichkeit, sondern die frühere selbst, wozu auch die Nebenverbindlichkeit gehört, tritt, als wenn sie inzwischen nur geruht hätte, und zwar aus dem ursprünglichen Entstehungsgrunde wieder in's Leben. **(Art. 3.)**

Schuldverhältnisse können auf den verschiedenartigsten Entstehungsgründen beruhen, sie können durch Privatverfügungen einer oder mehrerer Personen oder durch das Gesetz selbst begründet seyn. Diese verschiedenen Entstehungsquellen sind theils in dem 1. Buche, theils an anderen Orten des Gesetzbuches enthalten; in diesem ersten Buche konnten nur diejenigen Quellen aufgeführt werden, welche mit keinem anderen Rechtsverhältnisse im Zusammenhange stehen, wie die persönlichen Verbindlichkeiten aus dem Personen-, Sachen- und Erbrechte, oder welche sich nicht auf verschiedene Rechtsverhältnisse beziehen, wie die Schenkung, der Vergleich u. a. m. **(Art. 4.)**

Das im Art. 1 angegebene Merkmal eines Schuldverhältnisses kann in keinem Falle einen Zweifel darüber offen lassen, ob ein in den verschiedenen Theilen des Gesetzbuches erwähntes Rechtsverhältniß ein Schuld- oder ein anderes Rechtsverhältniß sey.

Erste Abtheilung.

Schuldverträge.

Erster Abschnitt.

Begriff, Erfordernisse und Wirkungen.

Da das Wesen des Schuldverhältnisses in dem Rechte, eine Leistung zu fordern, und in der diesem Rechte entsprechenden Verbindlichkeit, die Leistung zu bewirken, besteht, so kann nicht jedes Rechtsgeschäft, welches das Merkmal eines Vertrages hat, sondern nur ein solcher Vertrag als Quelle eines Schuldverhältnisses gelten, welcher die eben bezeichnete Forderung und Verbindlichkeit begründet, sohin ein wahrer Schuldvertrag ist.

Die Eintheilung desselben in einen einseitigen und gegenseitigen Schuldvertrag mußte wegen der wichtigen Folgen des Unterschiedes hier besonders hervorgehoben werden. **(Art. 5.)**

Die Erfordernisse der Giltigkeit eines Schuldvertrages sind im Allgemeinen diejenigen, welche schon bei den Rechtsgeschäften überhaupt (Thl. I. Art. 1 ff.) angegeben wurden; inzwischen hat der Schuldvertrag besondere Eigenthümlichkeiten, welche einer gesetzlichen Regelung bedürfen und die sohin auch allein hier noch zur Sprache kommen.

Für die Beurtheilung der Frage, wann die Wirkungen eines Schuldvertrages eintreten, ist es wichtig, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Willenseinigung vorhanden und der Vertrag abgeschlossen ist.

In der Regel ist dieses der Fall, wenn das auf der einen Seite gegebene Versprechen oder das gemachte Anerbieten von der anderen Seite angenommen ist. Es ist indeß nicht nothwendig, daß bei einseitigen Schuldverträgen der Versprechende oder Anbietende mit seiner Zusage oder seinem Anerbieten vorausgehe, sondern es kann auch von der anderen Seite das Verlangen, daß der erstere etwas leiste, vorausgehen, und dieser sofort mit der Zusage nachfolgen. Wenn z. B. Jemand einen Anderen bittet, ihm etwas zu schenken, und dieser verspricht es, so ist die Willenseinigung unzweifelhaft vorhanden, obschon der Leistende nicht zuerst versprochen und der Beschenkte hierauf seine Annahme erklärt, sondern durch jene Bitte die Annahme des späteren Versprechens anticipirt hat.

Ist aber neben der Willenseinigung hinsichtlich der Entstehung des Schuldverhältnisses noch die Hingabe und Annahme einer Sache zu einem durch die Willenseinigung bestimmten Zwecke erforderlich, wie bei dem Darlehen, dem Leih- und Hinterlegungsvertrage, so kann natürlich der betreffende Vertrag erst als durch diese Hingabe und Annahme abgeschlossen angesehen werden, weil alle aus einem solchen Vertragsverhältnisse entstehenden Wirkungen erst mit diesen Thatsachen eintreten können, und die bloße Uebereinkunft über das Geben selbst nur ein vorbereitender Vertrag ist.

Ebenso ist die Einhaltung der vorgeschriebenen Form des Abschlusses zur Giltigkeit erforderlich, was schon aus Art. 14 Th. I. des Entwurfes folgt. **(Art. 7.)**

Der Entwurf hat auch in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 7 in Uebereinstimmung mit der deutschen Rechtsanschauung und der deutschen Praxis sowie mit allen anderen deutschen Gesetzgebungen den Unterschied zwischen Kontrakten und einfachen Verträgen, zwischen benannten und unbenannten Verträgen u. s. w. gänzlich aufgehoben, und jede Willenseinigung, bei welcher die gesetzlichen formellen und materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, als wirksam und klagbar erklärt.

Bei der großen Verschiedenheit der Ansichten über das Rechtsverhältniß der Parteien zwischen dem Momente des Anerbietens und der Annahme, besonders unter Abwesenden, hat der Entwurf die betreffenden Fragen unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse des Verkehrs in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des Entwurfes eines deutschen Handelsgesetzbuches, soweit sie auf den gewöhnlichen Verkehr zweckmäßig angewendet werden können, zu lösen gesucht.

(Art. 8—15.)

Als oberster, vom gemeinen Rechte abweichender, Grundsatz ist die Bestimmung durchgreifend, daß Derjenige, welcher ein Anerbieten macht, in der Regel hieran mit dem Augenblicke gebunden ist, wo der andere Theil Kenntniß davon NB. erhält, weil der letztere, wenn er das Anerbieten annehmen will, seine Verhältnisse hiernach einrichtet und vielleicht ein anderes vortheilhaftes Geschäft in der Voraussicht, daß das angebotene zur Perfektion kommt, unterläßt. Hat der Anbietende dem Anderen eine Zeit zur Annahme gesetzt, so muß hierin der Andere die stillschweigende Erklärung finden, daß der Anbietende bis zum Ablaufe dieser Zeit, und nur bis dahin, sich an sein Wort gebunden erachte, wenn sich der letztere den Widerruf nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Denn durch die Zeitbestimmung erklärt der Anbietende, daß er die Annahme jedenfalls in der Zwischenzeit erwarte, und nur dann, wenn diese rechtzeitig erfolgt, sein Anerbieten halten werde. Wird keine Zeit für die Annahme bestimmt, so muß unter Anwesenden die Unterlassung der alsbaldigen Annahme als Ablehnung gelten, weil sonst der Andere den Anbietenden durch sein Stillschweigen in die fortwährende Ungewißheit über künftige Annahme versetzen würde, während ihm die Möglichkeit gegeben war, sich sogleich zu erklären, oder sich eine Frist zu erwirken. Wenn also auch der Anbietende sein Anerbieten nicht zurücknimmt, so kann der Andere doch später seine Annahme gegen den Willen des Anbietenden wirksam nicht mehr erklären. Wurde aber das Anerbieten ohne Zeitbestimmung hinsichtlich der Annahme einem Abwesenden gemacht, so kann der Anbietende nicht auf unbestimmte Zeit, bis es etwa dem Anderen beliebt, eine Antwort zu ertheilen, gebunden bleiben, weil er sonst in der Ordnung seiner eigenen Verhältnisse ungebührlich eingeschränkt wäre, vielmehr muß hier dem anderen Theile, wenn er das Anerbieten annehmen will, eine angemessene Frist zur Erklärung vorgesteckt werden, nach deren Ablauf er das Recht verliert, durch seine Annahmserklärung den Abschluß des Vertrages herbeizuführen.

Die schwierige Frage aber, wie lange der Anbietende durch die später erfolgende Annahme gebunden werde, wurde im Entwurfe nach der im Entwurfe des Handelsgesetzbuches gegebenen Vorschrift gelöst. Es läßt sich nämlich hier, wo

die Verhältnisse so verschieden und wo so mannichfache Umstände von Einfluß sind, keine bestimmte Zeit festsetzen. Eine nach Tagen bestimmte Zeit, wie sich in einzelnen Gesetzgebungen befindet, ist unzweckmäßig, weil die Umstände, welche hier Einfluß haben, sehr verschieden sind. Wer nahe bei dem Anbietenden wohnt, oder wem schnellere Beförderungsmittel zu Gebote stehen, kann und muß daher früher antworten als ein Anderer, bei welchem diese günstigen Umstände nicht eintreten.

Es kann aber nicht genügen, daß Derjenige, welchem ein Antrag gemacht wurde, die Antwort absendet, sondern es muß auch der Anbietende dieselbe erhalten, also Kenntniß davon erlangen, weil ja hievon abhängt, ob er sich an sein Anerbieten gebunden erachten müsse oder nicht. Erhält er die wenn auch rechtzeitig abgesendete Antwort nicht oder nicht rechtzeitig, so ist dieß entweder vom anderen Theile verschuldet: dann muß der letztere von selbst die Folgen tragen; oder es ist nicht von ihm verschuldet: dann muß er die Folgen des Zufalles übernehmen, weil dieser Zufall ihn und nicht den Anbietenden betroffen hat. Umgekehrt müßte, was keiner ausdrücklichen Bestimmung bedarf, der Anbietende die Folgen übernehmen, wenn die Antwort bei ihm rechtzeitig eingelangt ist, er aber wegen verschuldeter oder nicht verschuldeter Abwesenheit oder in Folge anderer Ereignisse erst später Kenntniß davon erhielt. Uebrigens erfordert es die Billigkeit und die Rücksicht auf den Verkehr, daß, wenn auch die rechtzeitig abgesendete Antwort später eintrifft, der Anbietende dem anderen Theile seinen Rücktritt anzeigen muß, weil der letztere sonst in dem entschuldbaren Glauben steht, daß das Geschäft abgeschlossen sey, und hiedurch in bedeutenden Nachtheil versetzt werden kann. **(Art. 7—10.)**

Eine Ausnahme von obiger Regel, daß der Anbietende vor erfolgter Kenntniß von der Annahme sein Anerbieten zurücknehmen könne, muß aber von selbst dann eintreten, wenn das Anerbieten mit einer Aufforderung zur alsbaldigen Vollziehung des Rechtsgeschäftes verbunden ist, weil hier der Anbietende selbst zu erkennen gibt, daß er den Vollzug als Annahme betrachten wolle, und weil es in solchem Falle, wo der Andere vermöge jener Aufforderung Alles das gethan hat, was der Anbietende verlangte, höchst ungerecht wäre, das Widerrufsrecht des letzteren erst dann auszuschließen, wenn er von der Vollziehung Kenntniß erhalten hat. **(Art. 12.)** Es kann ferner aus dem Anerbieten sowohl in Hinsicht auf die dabei gemachte Erklärung als auch rücksichtlich der besonderen Natur des Rechtsgeschäftes, z. B. bei einem Schenkungsversprechen, hervorgehen, daß der Anbietende keine Antwort, sondern lediglich die Annahme des Anerbietens erwartet. Auch in einem solchen Falle hängt die Perfektion des Vertrages nur von der Thatsache der Annahme, nicht aber von der Kenntniß des Anbietenden, daß die Annahme erfolgt ist, ab. **(Art. 13.)**

Auf Erben gehen nur bereits begründete Rechte über; es könnte daher die aus der Annahme entstehende Wirkung des wirklichen Abschlusses des Vertrages nach Art. 7 eigentlich erst dann zu Gunsten der Erben desjenigen, dem ein Anerbieten gemacht wurde, eintreten, wenn dessen Antwort zur Kenntniß des Anbie-

tenden gelangt ist. Allein der Verkehr erfordert hier eine Ausnahme von der strengen Consequenz des Rechtes, weil der Verlebte Alles gethan hatte, was an ihm lag, um die Bedingung der Perfektion des Geschäftes zu erfüllen, es also unbillig wäre, in der Person des Erben die rechtliche Wirkung dieser Thätigkeit des Erblassers nicht eintreten zu lassen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß es sich um ein Geschäft handeln müsse, welches nicht auf die Person des Verlebten beschränkt war, weil schon nach allgemeinen Prinzipien derlei Rechtsverhältnisse nicht auf die Erben übergehen. **(Art. 14.)**

Geht der Widerruf des Anerbietens oder der Widerruf der Annahme dem andern Theile zugleich mit dem Anerbieten und beziehungsweise der Annahmserklärung oder noch früher zu, so ist es von selbst klar, daß das Anerbieten und die Annahme als nicht geschehen zu erachten sind. **(Art. 11.)** Nimmt Jemand das Anerbieten unter Bedingungen oder Einschränkungen an, so lehnt er das erstere so wie es gemacht wurde ab, dagegen enthält die so geschehene Annahme zugleich ein eigenes Anerbieten, bei welchem die proponirten Bedingungen und Einschränkungen mit dem übrigen Inhalte des ersteren Anerbietens den Gegenstand des neuen Vorschlages bilden. **(Art. 15.)**

Eine öffentliche Versteigerung hat die Eigenthümlichkeit, daß das Anerbieten zugleich an mehrere anwesende Personen in der Weise gemacht wird, daß das Rechtsgeschäft mit demjenigen abgeschlossen werden wolle, welcher das annehmbarste Gebot macht. Wird der Zuschlag an eine bestimmte Person ertheilt, so ist von selbst die beiderseitige Willenseinigung vorhanden, und das Versteigerungsgeschäft abgeschlossen. So lange aber der Zuschlag noch nicht ertheilt ist, vielmehr noch Angebote gemacht werden, ist es ungewiß, mit wem das Geschäft abgeschlossen werden wird. Da in dem Zwecke der Versteigerung die stillschweigende Bedingung liegt, daß man nur mit jenem kontrahiren wolle, welcher das Meiste bietet, so fällt in dem Momente, wo ein Bietender überboten wird, die Bedingung hinsichtlich des Minderbietenden hinweg, und derselbe ist daher an sein Gebot nicht gehalten, wenn etwa das Mehrgebot aus irgend einem Grunde wirkungslos wird. Doch muß es dem Versteigernden freistehen, den Mehrbietenden sofort zurückzuweisen und das frühere mindere Gebot anzunehmen, weil Jemand bieten kann, welcher zu Rechtsgeschäften unfähig oder eine nicht annehmbare Person ist. Eine solche augenblickliche Zurückweisung des Mehrbietenden bewirkt, daß dessen Gebot als nicht geschehen und daher der andere weniger Bietende als Meistbietender gilt. **(Art. 16.)**

Ist zum Abschlusse eines Vertrages eine besondere Form vorgeschrieben, diese aber nicht eingehalten, so fehlt eine wesentliche Voraussetzung seiner Giltigkeit, und es kann hieraus ein Anspruch in keiner Beziehung abgeleitet werden. Selbst das Recht, die förmliche Abschließung zu verlangen, ist nicht begründet, weil der ganze Akt nichtig ist, und Niemand gezwungen werden kann, ein Geschäft, welches für ihn unverbindlich ist, verbindlich zu machen. Ist von einem Theile ein einseitiger Vertrag schon erfüllt, so kann nach Art. 904 das Geleistete der Regel nach nicht zurückgefordert werden; bei zweiseitigen Rechtsgeschäften aber findet ein Anspruch

auf Rückforderung oder Erfüllung mit Nachholung der erforderlichen Form statt, weil sich sonst der andere Theil mit dem Schaden des Leistenden bereichern würde. Denn die Voraussetzung dieser Leistung war die Gegenleistung, ohne welche der letztere zu seiner eigenen Leistung nicht verpflichtet war. **(Art. 17.)**

Die Uebereinkunft, künftig einen Vertrag zu schließen, ist bindend, und in manchen Beziehungen von hohem Interesse für die Betheiligten. Wer z. B. mit Sicherheit darauf rechnen muß, zu einer bestimmten Zeit ein Darlehen zu erhalten, kann durch einen Vertrag mit einem Anderen den klagbaren Anspruch auf den Vollzug, und wenn dieser verweigert wird, auf Entschädigung erlangen und sich so gegen alle Nachtheile schützen. Nur ist es, damit Klarheit und Bestimmtheit über den Gegenstand des künftigen Vertrages entstehet, nothwendig, daß in der vorbereitenden Uebereinkunft alle wesentlichen Bestimmungen des ersteren ohne Vorbehalt nachträglicher Einigung über Nebenbestimmungen, so wie die Zeit der Errichtung bestimmt werde. **(Art. 18.)** Ist für die Abschließung des künftigen Hauptvertrages eine besondere Form vorgeschrieben, so muß diese auch bei dem vorbereitenden Vertrage eingehalten werden, weil dieser schon die obligatorische Wirksamkeit für das Hauptgeschäft enthält, und die Abschließung des letzteren nur die Erfüllung des ersteren ist. **(Art. 19.)** Traktate haben nur die Bedeutung von Vorschlägen und Gegenvorschlägen, und können daher keine verbindliche Wirkung äußern **(Art. 20)**, sondern nur zur Auslegung zweifelhafter Bestimmungen des wirklichen Vertrages dienen.

Ein schriftliches Zahlungsversprechen so wie ein schriftliches Schuldbekenntniß können die unmittelbaren Willenserklärungen bei Entstehung eines Schuldverhältnisses enthalten, dieser Entstehung aber auch nachfolgen. In dem letzteren Falle enthalten sie die Anerkennung eines als vorhanden vorausgesetzten Schuldverhältnisses und müssen daher, wenn sie dem anderen Theile eingehändiget und von diesem angenommen worden sind, als ein cumulativer Verpflichtungsgrund, — als ein bestärkender Vertrag, wirksam seyn. So hat die neueste Doktrin das Rechtsverhältniß der Anerkennung von Schuldverhältnissen aufgefaßt, und so entspricht auch dasselbe dem praktischen Bedürfnisse und dem Rechtsbewußtseyn des Volkes. Denn gewiß will Derjenige, welcher in einer Urkunde einem Anderen eine bestimmte Leistung verspricht, oder sich zur Verpflichtung hiezu bekennt, und diese Urkunde dem anderen Theile aushändiget, sich diesem verbindlich erklären, das Versprochene oder die als bestehend anerkannte Verbindlichkeit zu erfüllen. Es ist hiebei gleichgiltig, ob in der Urkunde der Rechtsgrund der als vorhanden vorausgesetzten Verpflichtung angeführt ist oder nicht, weil die schon in der Urkunde und deren Aushändigung enthaltene Willenserklärung des Schuldners und die Annahme derselben von Seite des Gläubigers für sich allein ein Vertragsverhältniß begründen. Hieraus folgt von selbst, daß der Gläubiger einen anderen Entstehungsgrund der Verbindlichkeit, als jenen, welcher schon durch die Ausstellung und Einhändigung der Urkunde begründet ist, nachzuweisen nicht verbunden seyn kann. Da aber eine solche Anerkennung den ursprünglichen Rechtsgrund nicht verändern sondern nur mit verpflichtender Wirkung constatiren soll, so folgt, daß

wenn jener ursprüngliche Rechtsgrund nicht oder nicht wirksam bestand, oder später wieder weggefallen ist, die rechtlichen Folgen hievon auch bei dem Anerkennungsakte eintreten, und daher dem Aussteller der Urkunde alle jene Rechtsmittel zustehen müssen, welche demjenigen zukommen, welcher eine nicht oder nicht wirksam bestehende oder eine weggefallene Verbindlichkeit erfüllt hat. **(Art. 21—23.)**

Die Doktrin behandelt diesen Vertrag als verpflichtenden Anerkennungsvertrag ohne Rücksicht darauf, ob die Anerkennung in einer Urkunde enthalten ist oder nicht; der Entwurf hat aber nur der in einer Urkunde niedergelegten Anerkennung die Wirkung jenes Vertrages beigelegt, weil der volle Ernst und die Ueberlegtheit des Willens, ein so folgenreiches Rechtsgeschäft abzuschließen, als wesentliche Voraussetzungen gelten müssen, um der Anerkennung diese folgenreiche Wirkung beilegen zu können, für das Vorhandenseyn dieser Voraussetzungen aber nur die schriftlich niedergelegte Erklärung eine genügende Garantie darbietet. Uebrigens kann auch eine Anerkennung hinsichtlich der Befreiung des Schuldners von einer Verbindlichkeit durch Ausstellung und Annahme einer diese Befreiung erklärenden Urkunde bewirkt werden, und hat aus denselben Erwägungen, wie bei dem verpflichtenden Anerkennungsvertrage, die Wirkung eines neben dem ursprünglichen Befreiungsgrunde bestehenden Rechtsgrundes für diese Befreiung, so daß es dem beklagten Schuldner freisteht, sich auf jenen oder diesen Grund der Befreiung zu berufen. (Befreiender Anerkennungsvertrag (Art. 212). Ebenso gilt in Ansehung der Entkräftung des Anerkennungsaktes auch hier dasselbe, was oben hinsichtlich des verpflichtenden Anerkennungsvertrages angeführt wurde.

Der Gegenstand der Verträge kann nur ein solcher seyn, in Ansehung dessen das Gesetz einen Rechtsverkehr gestattet. **(Art. 24.)** Es sind daher die in diesem Artikel angegebenen Leistungen ausgeschlossen. Ist ein Vertrag über einen schon untergegangenen oder außer Verkehr gesetzten Gegenstand abgeschlossen worden, so ist derselbe ungiltig, da er nicht erfüllt werden kann. **(Art. 25.)** Hat jedoch einer der Vertragschließenden Kenntniß von dieser Thatsache gehabt, so versteht es sich von selbst, daß derselbe, da er den Anderen hintergangen hat, Schadenersatz leisten muß.

Ueber künftige Gegenstände kann im Allgemeinen ein Vertrag geschlossen werden **(Art. 26)**, soferne nicht ein gesetzliches Verbot besteht, wie dieß z. B. im **Art. 27** der Fall ist. Der Entwurf folgt hierin der das gemeine Recht (l. 15 Cod. de pactis) überbietenden Strenge des französischen Rechts (Art. 1130), weil solche Verträge das sittliche Gefühl verletzen, abgesehen davon daß sie leicht die Veranlassung zu einer Lebensgefahr für die betreffende Person werden können.

Der Gegenstand des Vertrages muß ferner schon gleich Anfangs bestimmt oder wenigstens, wenn auch erst später, bestimmbar seyn, weil sonst nicht zu ermessen ist, was geleistet werden soll, auch darf nicht dessen Bestimmung der bloßen Willkür des Verpflichteten überlassen seyn, da in diesem Falle der Begriff der Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung ausgeschlossen ist. Die Be-

zugnahme auf eine künftige Thatsache zur Bezeichnung des Gegenstandes oder seiner Eigenschaften oder Quantität hat aber zugleich auch Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrages selbst oder auf die Zeit der Erfüllung. Ist es nämlich ungewiß, ob diese Thatsache eintreten werde, so ist es noch unentschieden, ob dasjenige eintreten werde, was die Möglichkeit der Bestimmung des Gegenstandes nach obigen Beziehungen begründet; der Vertrag ist daher als unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen zu betrachten. **(Art. 28.)** Ist aber der Eintritt der Thatsache gewiß und nur die Zeit des Eintrittes ungewiß, so ist hiemit auch von selbst die Zeit der Erfüllung bestimmt, weil, bevor der Gegenstand derselben nicht existirt, von dieser Erfüllung keine Rede seyn kann.

Nach **Art. 28 Abs. 2** ist wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes der Vertrag auch dann unwirksam, wenn die Bestimmung dieses Gegenstandes der bloßen Willkür des Schuldners überlassen ist. Dagegen kann aber die Zulässigkeit einer solchen Bestimmung durch einen Dritten oder den Gläubiger keinem Anstande unterliegen. Denn hier ist nicht die eigene, sondern die Leistung eines Andern in Frage, auch ist diese Art der Vereinbarung so fest in der Verkehrssitte gegründet, und das praktische Bedürfniß hiedurch so unabweislich ausgeprägt, daß die gesetzliche Anerkennung derselben selbst dann geboten wäre, wenn sie einen Widerspruch mit sonstigen Rechtsgrundsätzen enthalten würde.

Was namentlich die Bestimmung des Leistungsgegenstandes durch den Gläubiger betrifft, so werden überall und täglich Bestellungen bei Kauf- und Gewerbsleuten ohne vorherige Verständigung über den Preis gemacht; eben so wird in Gasthäusern und nicht selten auch bei Aufträgen an Gelehrte und Künstler verfahren, während diese Personen später den Preis für ihre Leistungen bestimmen.

Bei der Ueberlassung der Bestimmung des Schuldgegenstandes an einen Dritten kann indessen im Allgemeinen nicht, wie bei der einem Dritten zustehenden Wahl unter verschiedenen Leistungen oder der Wahl einer Species von einer Gattung (Art. 262 Abs. 2 und Art. 263 Abs. 2) die Bestimmung des Gegenstandes subsidiär, nämlich für den Fall, daß der Dritte die Bestimmung verweigert oder nicht bewirken kann, dem Richter zukommen, weil dort der Gegenstand des Vertrages im Allgemeinen schon bestimmt, und nur unter mehreren solchen Gegenständen eine Wahl zu treffen ist, hier aber der Gegenstand selbst erst bestimmt werden soll.

Von dieser Regel hat aber der Entwurf eine Ausnahme in dem Falle gemacht, wenn der Dritte die Größe des Geldpreises für die Leistung eines Vertragschließenden bestimmen soll, und dieser die Leistung bereits bewirkt oder begonnen hat.

Müßte nämlich in diesem Falle wegen verweigerter oder unmöglich gewordener Bestimmung des Preises durch den Dritten der Vertrag wirkungslos werden, so würde Derjenige, welcher die Leistung schon gemacht hat, in vielen Fällen ganz rechtlos gestellt. Wenn z. B. Jemand sich von einem Andern Dienste leisten oder ein Werk fertigen läßt, die Bestimmung des Preises aber einem Dritten übertragen wird, so könnte, falls der Dritte den Preis nach bereits erfolgter oder

begonnener Dienstleistung nicht bestimmt, der Leistende den Preis nicht fordern, weil ja der Vertrag wirkungslos wäre, die Zurückforderung des gelieferten oder das Behalten des begonnenen Werkes aber, worauf allein sein Anspruch gerichtet seyn könnte, ist vielleicht für ihn werthlos oder mit Nachtheil verbunden, während der durch eine Dienstleistung gemachte Aufwand an Zeit und Mühe gar nicht zurückgegeben werden kann.

Ein Ersatzanspruch wäre aber gegen den Besteller nicht begründet, weil ja der Grund, warum der Vertrag wirkungslos wird, nicht in seinem Verschulden sondern in einem Zufalle beruht. Aehnliche Erwägungen sprechen aber auch der Anwendung jener Ausnahme bei anderen Verträgen, z. B. dem Kaufe, das Wort, indem der Verkäufer, in sicherer Voraussicht, daß der Dritte den Preis bestimmen werde, die verkaufte Sache übergiebt, und andere inzwischen eintretende günstige Gelegenheiten zum anderweitigen Verkaufe zurückweist.

Hier ist es daher ein Postulat der Gerechtigkeit, an die Stelle des zur Preisbestimmung gewählten Dritten den Richter treten zu lassen, um nöthigenfalls mit Zuziehung von Sachverständigen den richtigen Preis festzusetzen.

Hierdurch wird jedem Theile das bei Eingehung des Vertrages beabsichtigte Interesse gewahrt, und — da der Richter noch unparteiischer wie ein selbst gewählter Dritter ist, auch in Fällen, wo es auf eine technische Beurtheilung des Werthes der Leistung anzukommen hat, das Gutachten von Sachverständigen eingeholt werden muß, — der auf eine solche sachkundige Beurtheilung gerichteten Intention der Parteien Rechnung getragen.

Wenn der Dritte eine unbillige, d. i. eine den Verhältnissen des Falles zuwiderlaufende, den Leistungspflichtigen oder den Gläubiger offenbar verletzende Bestimmung trifft, so kann von dem Richter eine Ermäßigung verlangt werden, weil in diesem Falle die Bestimmung der Intention des Paziszenten nicht entspricht. Der Richter ist hier nicht der Stellvertreter des Dritten, sondern er handelt als Richter über einen streitigen Vertragspunkt. Daß der Dritte, sowie die Partei selbst, ihre einmal getroffene Bestimmung nicht ändern können, folgt aus der Erwägung, daß, wenn diese getroffen ist, die Vereinbarung der Paziszenten geschlossen erscheint, weil die Dritten statt der Paziszenten die Vereinbarung erklären und die von einer der Parteien getroffene Bestimmung schon zum Voraus von der anderen acceptirt ist.

Ebenso ergibt sich aus der Eigenschaft mehrerer Dritter, als Stellvertreter der Paziszenten, sowie aus der Nothwendigkeit des Vorhandenseyns eines bestimmten Gegenstandes, daß ihre Erklärung übereinstimmen müsse, wenn der Vertrag wirksam werden soll.

Nur wenn sie in der Bestimmung einer Summe Geldes oder einer sonstigen Quantität abweichen, muß der Durchschnittsbetrag gelten, weil in diesem Falle der Gegenstand der Leistung an sich feststeht, und nur die Quantität bestimmt werden soll, der Durchschnittsbetrag aber die Vermittlung der verschiedenen Meinungen bewirkt, eine solche Ermittlung auch der Bestimmung der Vertragschließenden im Allgemeinen entsprechen wird. **(Art. 29—32.)**

Die durch freiwillige oder gesetzliche Stellvertretung bei Verträgen begründeten Rechtsverhältnisse so wie der aktive und passive Uebergang der Schuldverhältnisse auf die Erben sind an den geeigneten Stellen des Entwurfes geordnet. Zu den schwierigeren legislativen Fragen gehört aber die: inwieweit in anderen Fällen ein Vertrag wirksam und bindend ist, durch welchen sich einer der Paziszenten in eigenem Namen von dem andern eine Leistung zu Gunsten eines Dritten versprechen läßt. Es kann nicht verkannt werden, daß dem römischen Rechte, (welchem hierin auch neuere Gesetzgebungen folgen,) die strenge Konsequenz zur Seite steht, wenn es als Grundsatz aufstellt, daß der Vertrag ebensowenig zum Vortheile als zum Nachtheile des Dritten verbindende Kraft habe. Es ist aber längst anerkannt, daß die strenge Durchführung dieses Grundsatzes sich weder mit den Anforderungen der Humanität (cum beneficio affici hominem intersit hominis, l. 7. D. de serv. export. 18, 7) noch mit dem praktischen Bedürfnisse verträgt. Auch der Entwurf folgt hierin dem durch jene Rücksichten gebotenen Systeme. Nach demselben hat ein solcher Vertrag allerdings zunächst nur eine verpflichtende Kraft unter den Kontrahenten, weil er nur unter diesen selbst abgeschlossen ist, — woraus folgt, daß er von ihnen solange aufgelöst werden kann, als der Dritte hieraus noch keine Rechte erlangt hat. Der Dritte soll aber ein Recht hieraus dann erlangen, wenn er nach erhaltener Aufforderung von Seite der Parteien oder einer derselben dem Vertrage beigetreten und sohin Mitkontrahent geworden ist. Diese Aufforderung von Seite der Parteien ist nothwendig, weil hierin die Bethätigung der Absicht liegt, dem Dritten das Recht des Beitrittes einzuräumen, und da durch den Vertrag jeder einzelne Paziszent das Recht erlangt hat, dessen Verwirklichung herbeizuführen, somit als vertragsmäßiger Stellvertreter des anderen für diese Verwirklichung erscheint, so muß auch schon die von diesem Einzelnen bewirkte Aufforderung genügen. Diese Aufforderung hat ganz die Natur und Bedeutung eines Anerbietens, und da nach Art. 9 und 10 der Anbietende bis zur rechtzeitigen Antwort hieran gebunden ist, so können die Paziszenten vorher auch nicht den Vertrag aufheben. **(Art. 33.)**

Daß der Dritte, wenn er dem Vertrage beigetreten ist, auf Erfüllung klagen kann, folgt schon aus Art. 33 Abs. 1. Der einzelne Paziszent kann aber mit dem Dritten nur dann auf Erfüllung gegen den anderen klagen, wenn er hieran ein eigenes Interesse hat, weil außerdem für ihn keine materielle Rechtsverletzung in der Nichterfüllung liegt, und dem Dritten, welcher vielleicht die Erfüllung nicht oder zur Zeit nicht in Anspruch nehmen will, dieselbe nicht aufgedrungen werden kann. **(Art. 34.)**

Eine Verpflichtung kann einem Dritten selbstverständlich durch ein unter anderen Personen abgeschlossenes Rechtsgeschäft in verbindlicher Weise nicht aufgebürdet werden, mit Ausnahme des im Art. 38 bezeichneten Falles, wo der Dritte vermöge des Gesetzes die Person des Paziszenten vertritt. Wenn daher außer diesem Falle die Handlung eines Dritten stipulirt wird, so ist der Vertrag als solcher — als Vertrag über die fremde Handlung selbst — offenbar ungiltig und kann nur zur Folge haben, daß derjenige, welcher eine solche Handlung des

Dritten verspricht, verbunden wird, den Dritten zur Vornahme derselben zu vermögen, und wenn er dieß unterläßt oder die Zustimmung des Dritten verhindert, unter Rückgabe des bereits Empfangenen Schadensersatz zu leisten. **(Art. 35 u. 37.)** Diese Folge muß aber jedenfalls ein solcher Vertrag haben, weil nicht angenommen werden kann, daß die Parteien ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abgeschlossen haben sollten, von dessen Unausführbarkeit durch sie allein sie schon von vorn herein überzeugt seyn müssen. Daß der andere Theil selbst dann, wenn der Dritte ohne Schuld des Versprechenden nicht zu vermögen ist, die zugesicherte Verpflichtung zu vollziehen, sohin die Erfüllung des Vertrages durch ein unabwendbares äußeres Ereigniß unmöglich wird, nicht verbunden seyn kann, seinerseits den Vertrag zu erfüllen, ist nur eine spezielle Anwendung des im Art. 119 Abs. 3 aufgestellten allgemeinen Grundsatzes. Hat der Versprechende für den Erfolg seiner Bemühungen einzustehen sich verpflichtet, dann hat er die Gefahr der wenn auch unverschuldeten Nichterfüllung übernommen und muß daher nach Maßgabe des Art. 119 Abs. 1 und 2 Ersatz leisten.

Alles dieses gilt nicht blos in dem Falle, wenn die Handlung eines Dritten versprochen wird, sondern auch dann, wenn über fremde Sachen und Rechte ein Vertrag geschlossen wird, dessen Erfüllung durch die Einwilligung und demgemäß durch die Mitwirkung eines Dritten bedingt ist. Denn da ohne diese Einwilligung und Mitwirkung der versprechende Theil nicht im Stande ist, dem anderen die Sache oder das Recht an derselben zu verschaffen, so kann der Vertrag nur die für das Versprechen fremder Handlungen festgesetzten Folgen haben. Indessen versteht es sich von selbst, und ist auch beim Kaufgeschäfte im Art. 273 ausdrücklich bestimmt, daß, wenn der Vertrag über den fremden Gegenstand unter der Bedingung des künftigen Erwerbes geschlossen wird, derselbe giltig ist und beim Eintritte der Bedingung erfüllt werden muß.

Betrifft der Vertrag ein Rechtsverhältniß hinsichtlich des fremden Gegenstandes, zu dessen wirksamer Entstehung der dritte Berechtigte nicht mitzuwirken braucht, z. B. eine Aftermiethe oder die sonstige Uebertragung der Ausübung eines Nutzgenusses an fremden Sachen u. dgl., so ist der Vertrag ebenfalls so, wie er geschlossen wurde, wirksam und verbindlich, weil über ein solches Rechtsverhältniß ohne Zuthun des dritten Berechtigten verfügt werden kann.

Uebrigens ist die Anwendung der im **Art. 37** enthaltenen Bestimmung durch die Wissenschaft beider Theile von der Eigenschaft des Gegenstandes des Vertrages als eines fremden bedingt, weil nur in diesem Falle die Absicht beider Theile unterstellt werden kann und muß, daß der versprechende Paziszent zur Bewirkung der Einwilligung des Dritten verpflichtet seyn solle. Kannten nicht beide Parteien jene Eigenschaft, sondern nur eine oder die andere derselben, dann gestalten sich die Rechte und Verbindlichkeiten anders. Die näheren Bestimmungen hierüber sind bei dem Kaufgeschäfte in den Art. 271 u. 272 gegeben, da sie zu spezieller Natur sind und bei jedem anderen auf Uebertragung des Eigenthumes gerichteten Vertrage analoge Anwendung finden müssen.

Die Vorschriften der **Art. 39 u. 40** sollen nur möglichen Mißverständ-

nissen hinsichtlich der Anwendung des Art. 33 vorbeugen. Ist nämlich die Leistung an einen Dritten nur Bedingung eines Vertrages unter anderen Personen, oder ist ein Dritter nur einfach als Zahlungsempfänger in einem solchen Vertrage bezeichnet, dann ist es nicht die Absicht der Parteien, daß dem Dritten ein Recht aus der Vertragsbestimmung erwachsen solle, sondern es ist nur beabsichtiget, daß im Interesse beider kontrahirender Theile oder eines derselben die Leistung an den Dritten erfolge. Dieser Dritte kann daher durch seinen Beitritt solche Nebenbestimmungen eines Vertrages ihm gegenüber nicht verbindlich machen, selbst wenn er von den Parteien hievon in Kenntniß gesetzt wird.

Schuldverträge begründen, als Quelle von Schuldverhältnissen, auch im Allgemeinen die aus dem Schuldverhältnisse überhaupt entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten. Indessen treten nach dem Grundsatze, daß allgemeinen Vorschriften durch spezielle derogirt wird, jene allgemeinen Wirkungen nur dann ein, wenn nicht bei einzelnen Verträgen durch das Gesetz oder eine zuläßige Bestimmung der Parteien etwas Besonderes festgesetzt ist. Was insbesondere diese Privatverfügungen betrifft, so kann ihnen das Gesetz nur insoferne eine derogirende Wirkung gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen versagen, als durch sie die rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses geändert oder gegen ein absolutes Gebot oder Verbot verstoßen würde. Denn das Gesetz darf im Allgemeinen nicht störend in den Privatverkehr eingreifen noch ihn in beengende Grenzen einschränken, da nur die freie Bewegung desselben gedeihlich für das Volkswohl wirkt. Nur die höheren Rücksichten auf unabänderliche Grundsätze des Rechtes oder auf die Staatsinteressen vermögen das Eingreifen des Gesetzgebers zu rechtfertigen. **(Art. 41.)**

Zweiter Abschnitt.

Bestärkungsmittel der Schuldverträge.

1. Darangeld.

Das Darangeld soll nur ein äußeres Zeichen seyn, daß der Vertrag perfekt geworden ist; der Empfänger hat es daher zurückzugeben oder sich in Aufrechnung bringen zu lassen, wenn der Vertrag zum Vollzuge kömmt, soferne nicht ein Anderes verabredet oder (wie z. B. an mehreren Orten bei Dienstmiethen) üblich ist. **(Art. 42.)**

Die Zurückgabe des Darangeldes muß aber auch dann eintreten, wenn der Vertrag im Falle wechselseitiger Einwilligung oder aus einem anderen rechtlichen Grunde nicht in Erfüllung geht, weil in beiden Fällen die Voraussetzung, unter welcher das Darangeld gegeben wurde, hinweggefallen ist. **(Art. 42 Abs. 2.)**

Für den Fall, daß einer der Kontrahenten vom Vertrage schon vermöge einer Bestimmung desselben und nicht in Folge einer späteren Uebereinkunft zurücktritt, hat schon das gemeine Recht den Verlust des Darangeldes ausgesprochen. Es ist zwar diese Bestimmung nicht ganz konsequent, allein es wird durch sie einer

Forderung der Billigkeit und dem allgemeinen Rechtsgefühle Rechnung getragen, indem dem anderen Theile eine Entschädigung für den Verlust der Vertragsrechte zukommt. **(Art. 43.)**

Der Verlust des Angeldes aus Strafe tritt dann ein, wenn einer der Kontrahenten den Nichtvollzug des Vertrages schuldhaft veranlaßt. Denn indem dasselbe gegeben wird, damit der Vollzug des Vertrages eine Garantie erhalte, so hat es nothwendig derjenige verwirkt, welcher diesen Vollzug widerrechtlich vereitelt. Daß der Empfänger in einem solchen Falle das Darangeld doppelt zurückgeben muß, ist dadurch motivirt, weil er, wenn er es einfach zurückgeben müßte, nicht gestraft wäre. Die Pflicht zum Schadensersatze tritt aber neben dem Verluste des Angeldes ebenfalls ein, weil dieses kein Reugeld — kein Surrogat der Erfüllung — sondern nur ein Bestärkungsmittel der Verpflichtung hiezu ist. **(Art. 44.)**

2. Reugeld.

Ein Reugeld hat schon seinem Wortbegriffe nach die Bestimmung, daß von einem der Kontrahenten Etwas gegeben werde, um als Entschädigung des andern Theiles für den Fall der Reue zu dienen. Hienach steht demjenigen, welcher ein Reugeld gibt oder verspricht, die Wahl zu, vom Vertrage zurückzutreten und das versprochene Reugeld zu zahlen, oder den Vertrag zu erfüllen. **(Art. 45.)** Dieser Rücktritt kann jedoch, ohne den Verkehr empfindlich zu stören, nicht mehr geschehen, wenn der Vertrag auch nur zum Theile schon erfüllt ist, da in einer solchen Erfüllung und deren Annahme ein konkludenter Verzicht auf den Rücktritt liegt. Umgekehrt kann aber auch in Gemäßheit des Art. 260 nach erfolgter Ankündigung der Reue wider den Willen des anderen Theiles nicht mehr die Erfüllung des Vertrages gewählt werden, weil jene Ankündigung die Ausübung des nach **Art. 41 Abs. 1** zustehenden Wahlrechtes enthält.

Wird der Vertrag mit beiderseitiger Einwilligung wieder aufgehoben, oder kömmt er ohne Schuld des Gebers nicht zum Vollzuge, so liegt der Grund der Nichterfüllung nicht in der Reue des letzteren, folglich ist er auch nicht verpflichtet, das Reugeld zu zahlen, sondern er kann dasselbe, wenn er es schon gegeben hat, zurückfordern.

Da die Absicht der Kontrahenten die vorzüglichste Quelle zur Beurtheilung der aus ihrem Willen hervorgegangenen Erklärungen ist, so muß sie auch vorzugsweise zum Anhaltspunkte dienen, wenn ein Zweifel entsteht, ob ein Darangeld oder ein Reugeld habe festgesetzt werden wollen. Ist die bestimmte Absicht aus dem Vertrage nicht erkennbar, und auch nicht aus den sonstigen Umständen mit Sicherheit zu erforschen, so muß, da dem Abschlusse des Vertrages regelmäßig und naturgemäß die Absicht zu Grunde liegt, daß er zum Vollzuge komme, die gesetzliche Vermuthung für das Daseyn eines Darangeldes eintreten. **(Art. 46.)**

3. Strafbestimmung.

Verschieden vom Reugeld ist eine Strafbestimmung für den Fall, als die Erfüllung des Vertrages gar nicht oder nicht in gehöriger Art erfolgen sollte.

(Art. 47.) Sie hat zum Zwecke, die Entschädigung festzusetzen, welche demjenigen geleistet werden soll, welcher durch die Nichterfüllung beeinträchtiget wird. Es kann daher die Strafe und die Erfüllung des Vertrages nicht zugleich und neben einander, sondern nur eines oder das andere verlangt werden, wenn nicht die Strafleistung blos auf den Fall nicht rechtzeitiger oder nicht am gehörigen Orte erfolgender Erfüllung geschehen soll, — weil in diesem Falle die Strafleistung nicht eine Entschädigung wegen gänzlich unterlassener, sondern nur wegen ungehöriger Erfüllung bezweckt, sohin der Anspruch auf Erfüllung selbst aufrecht bleibt. **(Art. 50.)** Eben deßhalb aber, weil die Strafe die schon vertragsmäßig bestimmte Entschädigung wegen unterlassener oder nicht gehöriger Erfüllung seyn soll, kann eine weitere Schadloshaltung im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung nicht gefordert werden. Uebrigens kann begreiflich der Anspruch auf Schadensersatz wegen des Strafgedings nicht wegfallen, wenn der Schaden nicht aus der Unterlassung der Erfüllung, sondern aus einer anderen Thatsache hervorgegangen ist. **(Art. 51.)**

Bei der Konkurrenz mehrerer Gläubiger oder Schuldner fragt es sich, ob, wenn die Erfüllung nur in Ansehung eines einzelnen Gläubigers oder nur von einem einzelnen Schuldner unterlassen oder nicht gehörig geschehen ist, die Strafe ganz verwirkt sey, und wenn dieß der Fall ist, ob sich die mehreren Gläubiger und Schuldner in die ganze Strafe theilen oder sie ganz zu fordern, bezw. zu entrichten haben. Diese Fragen lassen sich, ohne daß es einer ausdrücklichen Bestimmung bedarf, aus allgemeinen Grundsätzen von selbst beantworten. Die erste Frage ist ganz allgemein, selbst abgesehen von einer Sammtberechtigung oder Sammtverpflichtung, zu bejahen, weil, wenn auch mehrere einzelne Gläubiger oder Schuldner vorhanden sind, die obligatio immer nur eine einzige ist, folglich die nur einem einzelnen Gläubiger für seinen Antheil geschehene oder von einem einzelnen Schuldner zu seinem Antheile unterlassene Leistung eine Nichterfüllung bezüglich der übrigen Schuldantheile enthält, und eine unvollständige Erfüllung in der Wirkung stets der unterlassenen Erfüllung gleichsteht. In Ansehung der zweiten Frage hat, wenn nur Ein Gläubiger nicht befriediget ist, auch nur dieser Anspruch auf die Strafe, weil der andere nicht verletzt ist, sohin keine Entschädigung verlangen kann; ebenso muß nur der in der Erfüllung nachlässige oder säumige Schuldner die Strafe ganz entrichten, weil er allein seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Sind aber alle oder mehrere Gläubiger nicht oder nicht vollständig befriedigt, oder haben alle oder mehrere Schuldner die Strafe verwirkt, so treten von selbst die Grundsätze über die getheilte Verpflichtung ein.

Die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Strafleistung fällt ferner nothwendig und ohne daß es hierüber einer speziellen Bestimmung bedurfte dann hinweg, wenn die Erfüllung ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich wird, also wenn sie der Gläubiger selbst oder ein Zufall verhindert, oder die Kontrahenten den Vertrag wieder aufheben oder der Gläubiger nach verwirkter Strafe die angebotene Erfüllung annimmt, da im ersten Falle keine verantwortliche Verletzung des Vertrages vorliegt, im zweiten Falle die Erfüllung desselben mit Zustimmung des

Gläubigers nicht zu geschehen hat, und im dritten derselbe auf die Strafe stillschweigend verzichtet. Die Frage, wann die Strafleistung verwirkt sey, beantwortet sich nach Verschiedenheit des Gegenstandes der Hauptverbindlichkeit in der Art. 47 Abs. 1 und 2 angegebenen Weise von selbst.

Dagegen schien es zweckmäßig für den Fall, daß die Strafleistung nur wegen gänzlicher Nichterfüllung geschehen soll, der Gläubiger aber eine theilweise Erfüllung annimmt, eine ausdrückliche Vorschrift zu geben, theils um die mögliche Folgerung zu beseitigen, daß der Gläubiger durch jene Annahme theilweiser Erfüllung auf die ganze Strafe verzichte, theils um das Verhältniß zwischen dem verwirkten und nicht verwirkten Theil der Strafe selbst näher zu bestimmen.

Will der Gläubiger die Strafe in ihrem ganzen Umfange ansprechen, so muß er von dem Rechte Gebrauch machen, die unvollständige Leistung zurückzuweisen (Art. 128 Abs. 2), da die Strafe nur das Surrogat der ganzen Leistung ist. Ebensowenig kann aber auch aus jener Annahme die gänzliche Verzichtleistung auf das Strafgeding gefolgert werden. Dem Sachverhältnisse entspricht daher eine verhältnißmäßige Reduktion der Strafe. **(Art. 49.)**

Zweite Abtheilung.

Unerlaubte Handlungen.

Bei dieser wichtigen und in der Anwendung schwierigen Materie hat man sich bemüht, einestheils die im gemeinen Rechte so sehr verwickelte und kontroversenreiche Lehre über die Verantwortlichkeit für Beschädigungen Anderer durch unerlaubte Handlungen klar, einfach und der Gerechtigkeit entsprechend zu behandeln, anderntheils die allgemeinen Bestimmungen so vollständig darzustellen, daß die Erörterung vieler besonderer Delikte im speziellen Theile umgangen und in dem letzteren sich auf jene einzelnen unerlaubten Handlungen beschränkt werden konnte, bei welchen wegen ihrer Eigenthümlichkeit besondere Vorschriften nothwendig erschienen.

Vor Allem ist zu bemerken, daß es sich hier ausschließend um solche Beschädigungen handelt, welche durch positive Handlungen oder durch Unterlassung einer im Interesse der allgemeinen Sicherheit durch Gesetz oder obrigkeitliche Anordnung gebotenen Thätigkeit herbeigeführt wurden und die selbständige Grundlage von Verbindlichkeiten bilden, daß sohin alle jene Beschädigungen, welche durch Unterlassung einer nur lediglich in einem Vertragsverhältnisse begründeten Verpflichtung verursacht worden sind, hier nicht in Frage kommen. Es kann wohl auch in einem Vertragsverhältnisse durch Rechtsverletzungen, welche mit den durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen nicht unmittelbar zusammenhängen, einem Anderen geschadet werden; allein hiedurch wird nicht die spezielle Vertragspflicht, sondern eine allgemeine Pflicht übertreten, und daher auch die besondere Verantwortlichkeit, welche nach Art. 52 ff. eintritt, begründet. (Art. 113.)

Der Entwurf beschränkt übrigens die Pflicht zum Schadensersatze lediglich auf eine durch rechtswidrige Angriffe auf die Person oder das Vermögen bewirkte Vermögensbeschädigung und schließt hierdurch, in Uebereinstimmung mit anderen neueren Gesetzgebungen, die Pflicht zur Leistung eines Schmerzengeldes und einer Vergütung wegen bloßer Ehrenkränkung aus, denn weder der körperliche Schmerz noch die Ehre sind nach einem Geldwerthe zu schätzen; Mißhandlungen, welche in dieser Richtung allein in Frage kommen, können daher nur einer öffentlichen Ahndung unterliegen, durch welche zugleich dem Gekränkten eine sehr wirksame Genugthuung zu Theil wird. Nur wenn mit der Ehrenkränkung ein Vermögensnachtheil verbunden ist, räumt der Entwurf dem Beleidigten im Art. 952 einen Entschädigungsanspruch ein.

Was nun die Verantwortlichkeit aus unerlaubten Handlungen im Allgemeinen betrifft, so geht der Entwurf von dem Standpunkte aus, daß jeder verpflichtet ist, die Rechtssphäre des Anderen zu achten und Nichts zu unternehmen, wodurch er beschädigend in diese eingreift. Jeder Eingriff in diese fremde Rechtssphäre, sohin jede Vermögensbenachtheiligung eines Anderen, sey es in Folge einer unmittelbaren Beschädigung dieses Vermögens oder einer mittelbaren Beschädigung desselben in Folge eines Angriffes auf dessen Person, begründet die Pflicht des Handelnden zur Entschädigung, wenn die Handlung selbst widerrechtlich, d. h. wenn der Handelnde hiezu nicht berechtiget ist, und wenn die Handlung dem Handelnden zugerechnet werden kann. War die Handlung widerrechtlich, dann ist es für die Verantwortlichkeit gleichgiltig, ob derjenige, welcher einem Anderen Schaden zufügte, in der Absicht diese Folge herbeizuführen, oder aus Muthwillen oder Unachtsamkeit handelte, da in der Handlung der Grund der Beschädigung des Anderen liegt und Jedermann verpflichtet ist, seine Handlungen so einzurichten, daß sie keinen Anderen benachtheiligen. Für die Frage indessen, wie weit sich die Achtsamkeit bei Handlungen zu erstrecken habe, um nicht hiefür verantwortlich zu werden, ist der Unterschied zwischen an sich nicht unerlaubten (gleichgiltigen) und an sich schon widerrechtlichen oder ausdrücklich verbotenen Handlungen von entscheidendem Einflusse. Wer eine Handlung vornimmt, welche nicht verboten ist, haftet zwar selbst für ein geringes Versehen, weil auch ein solches der oben erwähnten allgemeinen Pflicht gegenüber eine Rechtsverletzung gegen den Beschädigten enthält; allein er kann nicht für die Unterlassung einer solchen Sorgfalt verantwortlich gemacht werden, welche selbst der vorsichtigste Mensch nicht anzuwenden pflegt, wenn nämlich die schädliche Folge selbst von einem solchen nicht vorherzusehen oder nur durch einen Aufwand ganz ungewöhnlicher Mühe und Sorgfalt abzuwenden war und demgemäß als Zufall anzusehen ist. Würde das Gesetz eine solche maßlose Vorsicht bei Vornahme der an sich nicht unerlaubten Handlungen fordern, so wäre die freie Bewegung der Menschen ungebührlich gehemmt, und es wäre Niemand sicher, Schadensersatz leisten zu müssen, wo jeder vernünftige Grund einer Verantwortlichkeit fehlt. Anders verhält sich die Sache, wenn die Handlung, wodurch Jemand einen Anderen beschädiget, schon an sich widerrechtlich oder verboten ist. Hier bewegt sich der Handelnde nicht in einer erlaubten Sphäre; er

übertritt durch seine Handlung schon an sich widerrechtlich die in Ansehung Anderer ihm auferlegte Pflicht, die Handlung zu unterlassen, und muß daher auch für alle nachtheiligen Folgen derselben einstehen, sie mögen von ihm vorherzusehen oder abzuwenden gewesen seyn oder nicht.

Dieser Grundsatz entspricht dem gemeinen Rechte, welches in allen Fällen selbst für zufällige Folgen denjenigen haftbar erklärt, welcher den Eintritt des Zufalls durch ein Verschulden herbeiführt, und ist auch in anderen Gesetzgebungen sanktionirt. Ein Verschulden ist es aber unbezweifelt, wenn Jemand eine im Interesse der öffentlichen Sicherheit verbotene oder sonst rechtswidrige Handlung begeht.

Einer positiven unerlaubten Handlung steht die Unterlassung einer durch Gesetz oder obrigkeitliche Verfügung angeordneten Thätigkeit gleich, weil diese Unterlassung ebenso wie jene Handlung die wirkende Ursache der eingetretenen Beschädigung ist, und den Unterlassenden der Vorwurf eines Verschuldens trifft. Jede andere Unterlassung kann dagegen für die daraus einem Andern erwachsenden nachtheiligen Folgen nicht verantwortlich machen, weil abgesehen von dem oben erwähnten besonderen Verhältnisse Niemand verbunden ist, im Interesse eines Dritten sohin auch zum Zwecke der Abwendung eines Nachtheiles für denselben thätig zu seyn, und daher durch Unterlassung einer solchen Thätigkeit keine Pflicht verletzt, also auch kein Verschulden begangen wird. Die Beschädigung eines Andern kann nun aber, wie oben bereits angedeutet wurde, nur dann die Pflicht zum Schadensersatze begründen, wenn die Handlung oder die ihr gleichgestellte Unterlassung, woraus die beschädigende Folge hervorging, widerrechtlich war. Diese Widerrechtlichkeit ist ausgeschlossen:

1) wenn die Handlung nicht blos durch kein Gesetz oder obrigkeitliche Anordnung verboten ist, sondern dem Handelnden ein ausdrückliches Recht zusteht, gerade so und innerhalb jener Grenzen zu handeln, wie und in welchen er gehandelt hat, oder wenn der Unterlassende durch das Gesetz oder die obrigkeitliche Anordnung für seine Person von dem allgemeinen Verbote ausgenommen ist;
2) wenn die Handlung oder Unterlassung dem Handelnden oder Unterlassenden nicht zugerechnet werden kann.

Was nun die erste Voraussetzung betrifft, so erkennen alle Gesetzgebungen den Grundsatz an, daß derjenige, welcher nur sein Recht ausübt, für den dadurch für einen Andern entstehenden Schaden nicht zu haften habe. Diese Regel, so wahr sie auch bei einer richtigen Anwendung ist, kann wegen ihrer allzu großen Allgemeinheit die Quelle bedenklichen Mißbrauches werden und ist es auch in der Praxis häufig geworden, indem derjenige, der ein ihm zustehendes Recht ausübte, für jede Beschädigung eines Dritten, auch wenn diese in eine durch das Recht des Dritten nicht berührte Sphäre eingriff, unbedingt als der Haftung entbunden erklärt wurde.

Es ist, wenn man sich nicht in eine umfangreiche Kasuistik verlieren will, welche doch nie vollständig seyn kann, nicht nur schwierig, sondern rein unmöglich,

jene Regel so klar und scharf festzustellen, daß bei der großen Mannichfaltigkeit der möglichen Fälle jede Mißdeutung zu verhüten wäre; es wird daher immer der Prüfung und Beurtheilung des Richters überlassen werden müssen, ob sie auf den gegebenen Fall angewendet werden könne. Auf dem Standpunkte einer nach allen Seiten hin gerechten Gesetzgebung kommt hier Alles darauf an, ob Derjenige, welcher einen Anderen in der Ausübung seines Rechtes beschädigte, gerade zu derjenigen Handlung, welche er vorgenommen, vermöge dieses Rechtes befugt war, und ob er sie innerhalb der ihm durch sein Recht selbst gesetzten Gränzen vornahm. Der Satz, daß derjenige, welcher von seinem Rechte Gebrauch macht, für den hieraus entstehenden Schaden überhaupt nicht verantwortlich sey, geht in seiner Allgemeinheit offenbar zu weit, weil Niemand sein Recht so ausüben darf, daß es auch noch in anderer Weise einen Dritten beschädigt, als wozu jener vermöge des Rechtes unmittelbar befugt ist. Wenn also das Recht in einem Umfange ausgeübt wird, oder bei dieser Ausübung Handlungen vorgenommen oder Mittel angewendet werden, wodurch zugleich in die von dem Rechte nicht berührte Rechtssphäre eines Andern eingegriffen wird, so begeht der Berechtigte einen Uebergriff in diese fremde Rechtssphäre, und ist daher, da ein solcher schon an sich widerrechtlich ist, für jeden Schaden verantwortlich. Vermöge des Eigenthumsrechtes ist z. B. Jeder civilrechtlich befugt, auf seinem Eigenthume Einrichtungen zu machen, welche er will; wenn er nun von diesem Rechte Gebrauch macht, also z. B. Feueressen errichtet, und dadurch Jemand auf demselben Grund und Boden am Vermögen oder an der Person beschädiget wird, z. B. wenn die Funken aus der Feueresse andere Personen, die sich auf diesen Grund und Boden begeben, an den Kleidern oder am Körper verletzen, so ist der Eigenthümer nicht verpflichtet, den Schaden zu ersetzen. Wenn aber die Funken aus der Feueresse in fremdes Eigenthum gelangen, dann greift die Ausübung des Rechtes in eine fremde Rechtssphäre ein und enthält daher eine widerrechtliche Verletzung derselben, weil der Eigenthümer nur berechtiget ist, auf seinem eigenen Grund und Boden das Feuer mit seinen Wirkungen zu unterhalten. Er muß also entweder solche Schutzmittel anwenden, welche das Uebergreifen des Feuers verhindern oder, wenn diese nicht möglich sind, den Betrieb der Einrichtung unterlassen. In diesem Falle ist die Handlung, wozu der Eigenthümer vermöge des Rechtes befugt ist, das Unterhalten des Feuers innerhalb seines Eigenthumsgebietes; die derartige Einrichtung aber, daß die Funken in fremdes Eigenthum kommen können, ist der Uebergriff, das Verlassen der aus dem Rechte fließenden Gränzen der Ausübung. Wenn nun der Eigenthümer jene Schutzmittel nicht anwendet, oder wegen ihrer Unzureichenheit die ganze Einrichtung nicht unterläßt, so ist er für den aus der Unterhaltung des Feuers entstehenden Schaden haftbar, da hierin eine widerrechtliche Handlung liegt.

Dieser Auffassung soll durch den schärferen Ausdruck des Art. 54 die praktische Geltung gesichert werden.

In Ansehung der zweiten Voraussetzung ist es ein der Gerechtigkeit entsprechender und in allen Legislationen adoptirter Grundsatz, daß die Haftung für den Schadensersatz ausgeschlossen ist, wenn die Handlung dem Thäter nicht zur Schuld

zugerechnet werden kann **(Art. 55)**, was gemäß Art. 52 Abs. 2 auch von einer zu verantwortenden Unterlassung gilt. Wo nämlich kein Verschulden angenommen werden kann, ist auch keine Verantwortlichkeit denkbar. Das Verschulden ist aber nicht blos dann nicht vorhanden, wenn die im Art. 52 angegebenen Voraussetzungen: — Absicht, Muthwille oder Unachtsamkeit, — fehlen, oder die im Art. 53 Abs. 1 und im Art. 54 erwähnten Umstände eintreten, sondern auch dann, wenn die im Art. 55 Nr. 1—5 aufgezählten Voraussetzungen gegeben sind.

Ueber die einzelnen Gründe, aus welchen die Zurechnung zur Schuld überall wegfällt, stimmen alle Gesetzgebungen überein; folgende Bemerkungen werden daher desfalls genügen. Die zur Beurtheilung der Rechtswidrigkeit einer Handlung nothwendige Verstandesreife tritt bei einzelnen Menschen früher, bei anderen später ein. Als Durchschnittsmaaßstab können aber gewisse Epochen des Lebensalters festgesetzt werden. Der Entwurf unterscheidet desfalls im **Art. 56** zwischen Kindern bis zum vollendeten achten, und Kindern vom achten bis zum vollendeten zwölften Jahre. Bei ersteren nimmt der Entwurf nach den Resultaten allgemeiner Erfahrung eine absolute Unzurechnungsfähigkeit an, bei letzteren aber nur dann, wenn sie nicht die gehörige Reife des Verstandes besitzen, um Recht von Unrecht zu unterscheiden, was bei vielen Kindern in solchen Jahren der Fall ist. Es entsteht hierbei die Frage, ob nicht zwischen beschädigenden Handlungen und Unterlassungen unterschieden werden müsse, indem Kinder vom achten bis zwölften Lebensjahre selbst bei größerer geistiger Entwicklung doch jedenfalls nicht wissen könnten, welche Handlungen nicht unterlassen werden dürfen; allein kein Gesetz und keine obrigkeitliche Anordnung legt Kindern in diesem Alter eine Thätigkeit auf, es kann daher der Fall nicht eintreten, daß sie wegen Unterlassung einer Thätigkeit verantwortlich werden, und es schien deßhalb nicht nothwendig, in dieser Beziehung eine Ausnahme zu statuiren. Der Nothstand begründet vom Gesichtspunkte der erlaubten Selbsthilfe nach Maaßgabe der im **Art. 58** aufgestellten Grundsätze das Wegfallen der Zurechnung, — vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Gränzen der Selbstvertheidigung nicht überschritten worden seyen, oder wenn dieß auch der Fall ist, daß nach Ort, Zeit und Gefährlichkeit des Nothstandes der Urheber der Beschädigung nicht in der Lage war, das richtige Maaß der Selbstvertheidigung zu beurtheilen und mit der gehörigen Besonnenheit zu handeln.

Als Nothstand wird nach Art. 58 nur der Fall der nothwendigen *Abwehr* gegen einen Angriff auf die Person oder das Vermögen erklärt; er ist sohin nur dann vorhanden, wenn eine andere Person oder die Sache eines Anderen Jemand zu beschädigen droht, nicht aber jeder Nothstand, wie es im gemeinen Rechte begründet ist.

Wenn Jemand, um sich oder sein Eigenthum gegen eine drohende Gefahr zu retten, die Person oder Sache eines Andern beschädiget, ohne daß die Gefahr von dieser Person oder Sache ausgeht, so muß der Beschädiger, wenn kein anderer Grund hinzutritt, welcher die Verantwortlichkeit ausschließt, den gestifteten Schaden ersetzen, weil Niemand berechtigt seyn kann, seine Person oder sein Eigenthum mit dem Schaden eines Andern, welchen kein Vorwurf trifft, zu retten.

Die gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob die Einwilligung des Beschädigten bei allen Arten von Beschädigungen die Zurechnung aufhebe, wurde, soweit es sich lediglich um das Interesse des letzteren handelt, im Art. 55 Nr. 5 bejahend entschieden, so daß also die körperlichen Verletzungen nicht ausgenommen sind. Da es sich auch hier nur um den Schaden handelt, welcher das Vermögen trifft, nicht aber um eine Strafe im Interesse der öffentlichen Ordnung, so kann die Wirksamkeit der Einwilligung in Ansehung der civilrechtlichen Folgen der Handlung keinem Bedenken unterliegen. Nur erfordert die Gerechtigkeit und Gesetzespolitik, daß jene Wirksamkeit lediglich dann gestattet werde, wenn es nach den Umständen klar ist, daß der Wille des Handelnden vollkommen frei, ernstlich und überlegt war, daß sohin eine Einwilligung Nichts wirke, welche bei getrübter Besonnenheit oder aus Leichtsinn oder in Folge einer Ueberraschung gegeben wurde. Dabei versteht es sich von selbst daß, wer überhaupt ein Rechtsgeschäft nicht eingehen kann, auch nicht befugt ist, in eine Beschädigung zu willigen.

Dritten Personen gegenüber kann einer solchen Einwilligung keine Wirksamkeit zugestanden werden, weil Niemand durch seine einseitige Handlung die Lage eines Anderen verschlimmern kann. Wenn also ein Dritter Schaden erleidet, welcher ein begründetes Recht hinsichtlich der beschädigten Person oder Sache hat, so kann der Klage desselben die Einrede, daß der unmittelbar Beschädigte eingewilliget habe, nicht entgegengesetzt werden. So kann die Einwilligung des Fiduziar's oder Familien-Fideikommißbesitzers in eine über die Zeit des ihm zustehenden Rechtes hinaus wirkende Beschädigung einer Sache, welche dem Nacherben oder Fideikommiß-Nachfolger zufällt, diesen Berechtigten, — ebenso die Einwilligung eines Menschen in eine körperliche Verletzung desselben Denjenigen, welchen ein Anspruch auf Ernährung durch diesen zusteht, im Falle eines tödtlichen Erfolges nicht präjudiziren. **(Art. 59.)** Es wurde zwar die Meinung geltend gemacht, daß bei Tödtungen im Duell die Zurechnung des Tödtenden auch gegenüber solchen dritten Personen wegfallen müsse, weil der Thäter in Folge der durch die öffentliche Meinung sanktionirten Gesetze der Ehre moralisch verpflichtet gewesen sey, sich in das Duell einzulassen; allein da diese Gesetze keine Rechtsgesetze sind, das Duell vielmehr in jedem civilisirten Staate verboten ist, so kann der Gesetzgeber, ohne eine Inkonsequenz zu begehen, die civilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber dritten Personen hier nicht ausschließen.

Als Regel muß es gelten, daß nur Derjenige, welcher die Beschädigung bewirkte, zum Schadensersatze verpflichtet sey, soferne nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme festsetzt. **(Art. 60.)** Abgesehen von speziellen gesetzlichen Bestimmungen für besondere Fälle, werden in den **Art. 61—72** diejenigen Ausnahmen von der obigen Regel, welche bei allen unerlaubten Handlungen eintreten, angeführt. Hierbei tritt hinsichtlich der schuldhaften Einwirkung dritter Personen eine wesentliche Verschiedenheit hervor, indem entweder die Ersatzpflicht mit Befreiung des Thäters auf den Dritten ganz übergeht, oder eine solidarische Mitverpflichtung stattfindet. Das erstere tritt in den Fällen der Art. 61 und 64 Abs. 1, das letztere in den Fällen des Art. 64 Abs. 2, dann der Art. 66, 67, 69 und 71

ein. Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher einen Anderen rechtswidrig zur Begehung einer verantwortlichen Handlung oder Unterlassung in der Art bewogen hat, daß dem letzteren diese Handlung nicht zugerechnet werden kann, — allein zum Schadensersatze verpflichtet sey, weil nur in seiner Mitwirkung der schuldhafte Grund der Beschädigung liegt. Was insbesondere den Befehl betrifft, so wird vorausgesetzt, daß der Verleitete demselben Gehorsam schuldig war, weil ihm nur unter dieser Voraussetzung wegen mangelnder Willensfreiheit die Handlung oder Unterlassung nicht zur Schuld zugerechnet werden kann. Ist der Befehl, welchem der Thäter gehorchte, kein solcher, so hat er nur die Natur und Wirksamkeit einer Aufforderung und fällt unter die Bestimmung des **Art. 69 Abs. 2.**

Bei minderjährigen Kindern hat der Entwurf, in wesentlicher Uebereinstimmung mit älteren und neueren Gesetzgebungen, die Aufsichtspersonen theils allein, theils sammtverbindlich mit den Kindern für die durch letztere verursachten Beschädigungen haftbar erklärt. Indem nämlich das Gesetz die Kinder unter den Schutz und die Aufsicht dieser Personen stellt, so unterlassen dieselben die ihnen gesetzlich obliegende Pflicht, wenn sie jene Aufsicht vernachläßigen, und sind daher, wenn in Folge dieser Vernachläßigung ein Schaden für Andere entsteht, nach Maaßgabe des Art. 52 Abs. 2 verantwortlich. Bei Eltern, Pflegeeltern und Vormündern kann aber diese Verantwortlichkeit nur während der Zeit eintreten, wo die Kinder bei ihnen wohnen und unter ihrer Aufsicht stehen, weil außer dieser Zeit die Aufsicht und somit die Verantwortlichkeit anderen Personen obliegt. Bei Lehrherren und Meistern entscheidet nur die Pflicht der Aufsicht, weil, wenn die Kinder auch nicht bei ihnen wohnen, sie doch während des Unterrichtes unter ihrer Aufsicht stehen. Da nun aber Fälle denkbar sind, wo unerlaubte Handlungen solcher Kinder, Lehrlinge und Zöglinge, trotz der angemessenen Aufsicht nicht verhütet werden können, von Niemand aber Unmögliches verlangt werden kann, so muß auch die Verantwortlichkeit der Aufsichtspersonen in solchen Fällen ausgeschlossen seyn. Es erscheint hiernach, um die Verantwortlichkeit zu beseitigen, hinreichend, wenn die Aufsichtspersonen die nach den Umständen mögliche und angemessene Aufsicht gepflogen haben, und es ist nicht nöthig, daß sie in einer Weise ängstlich geübt werde, wodurch es ihnen unmöglich würde, ihrem eigenem Berufe zu genügen oder ihren Verhältnissen Rechnung zu tragen. So kann es Eltern oder Vormündern nicht zugemuthet werden, ihre Kinder in die Schule zu begleiten oder begleiten zu lassen, oder sie im Hause stets um sich zu haben, wenn sie sonst Sorge tragen, daß alle Gelegenheit zu voraussichtlichen unvorsichtigen Beschädigungen entfernt werde.

Ist die Haftpflicht der Aufsichtspersonen begründet, so muß sie nothwendig ausschließend eintreten, wenn der Thäter unzurechnungsfähig ist, weil in diesem Falle die Verantwortlichkeit des letzteren hinwegfällt. Ist dieser hingegen zurechnungsfähig, so ist derselbe ebenfalls verantwortlich, und es muß dem Beschädigten freistehen, die Aufsichtsperson oder den Thäter oder beide zu belangen, da ihm beide haftbar sind. Nach dieser Unterscheidung bestimmt sich auch die Zulässigkeit

des Regresses gegen den Thäter. **(Art. 64 Abs. 2.)** Der Entwurf hat indessen nach dem Beispiele einiger Gesetzgebungen im **Art. 61** unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen eine auf Rücksichten der Billigkeit gegründete Ausnahme von dem im Art. 55 Nr. 1 ausgesprochenen Grundsatze aufgestellt, daß unzurechnungsfähige Personen zum Schadensersatze nicht verpflichtet seyen. Hier trifft der Schaden einen Unschuldigen; ein Anderer hat ihn zwar durch eine Rechtswidrigkeit, aber unter entschuldbaren Umständen, gestiftet, so daß auf beiden Seiten eine Art von Zufall gewirkt hat. Es schien daher das in Art. 65 getroffene Auskunftsmittel geeignet, den Schaden des Einen durch billige Vergütung aus dem Vermögen des Anderen zu mindern, soferne dem letzteren hinsichtlich seiner Ernährung und standesmäßigen Erziehung kein Nachtheil zugeht. Dabei sollen auch die Vermögensverhältnisse des Beschädigten berücksichtiget werden.

Der Entwurf entscheidet ferner die in den bestehenden Gesetzgebungen nicht gleichmäßig gelöste und in der Doktrin bestrittene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Vollmachtgeber und Dienstherren, insbesondere auch der Staat und Korporationen für den von den beauftragten Dienern oder Beamten gestifteten Schaden haften, dahin, daß diese Haftung eintrete, wenn der Schaden in Ausübung der den letzteren obliegenden Verrichtungen und bei Beamten namentlich auch durch Mißbrauch der amtlichen Stellung rechtswidrig zugefügt wurde, soferne nicht die Beschädigung im Wege eines Rechtsmittels abgewendet werden konnte, und der Gebrauch dieses Rechtsmittels versäumt wurde. **(Art. 67.)**

Vor Allem darf nicht übersehen werden, daß ein Unterschied zwischen der Beschädigung eines Anderen durch solche Personen *in Ausübung* und zwischen Beschädigung *bei Gelegenheit* der ihnen obliegenden Verrichtungen besteht. Nur im ersteren Falle werden die Vollmachtgeber 2c. für haftbar erklärt; die Verantwortlichkeit derselben ist daher in dem letzteren Falle nicht begründet. Wenn ein Dienstbote oder Beauftragter Jemand während der dienstlichen Verrichtung bestiehlt oder mißhandelt, so kann eine solche Handlung nicht als ein in der Ausübung, sondern nur als ein bei Gelegenheit der obliegenden Verrichtung zugefügtes Unrecht betrachtet werden, weil dadurch die Dienstverrichtung selbst nicht auf eine einem Anderen schädliche Weise besorgt, sondern nur aus Anlaß derselben eine nicht in derselben inbegriffene Handlung vorgenommen wurde.

Der Beauftragte 2c. muß also in der Art beschädigt haben, daß er vorsätzlich oder unachtsam die ihm aufgetragene Verrichtung zum Nachtheile eines Anderen ausführte, so daß die Beschädigung nur die Folge der rechts- oder pflichtwidrigen Besorgung des Auftrages oder Dienstes selbst ist.

Hat der Urheber in Ausübung seiner Dienstpflicht oder seines Auftrages die Beschädigung verübt, so kann zwar im Allgemeinen nicht behauptet werden, daß die Vollmachtgeber 2c. hiebei eine Schuld im Sinne des Art. 52 trifft, wenn sie nicht in der Auswahl der Beauftragten 2c. ein Versehen begangen haben; allein da die Besorgung der Verrichtungen zu ihren Zwecken und aus ihrem Auftrage geschieht, so überträgt das Gesetz aus höheren Rücksichten auf das Interesse dritter Personen die Gefahr der Ausführung in der Art auf sie selbst, daß sie dem Be-

schädigten mit den Beschädigern sammtverbindlich haften. Der Staat und andere Korporationen haben umsomehr für solche Beschädigungen, welche ihre Beamten Anderen zufügen, einzustehen, weil das Publikum gezwungen ist, gewisse Rechtsgeschäfte nur bei diesen Beamten und unter deren Leitung vorzunehmen.

Die weiteren Fälle einer Sammtverbindlichkeit für eine von anderen Personen durch eigene unmittelbare Thätigkeit verursachte Beschädigung sind in dem Art. 65 Abs. 2 enthalten. In allen diesen Fällen liegt jedenfalls eine moralische oder die Ausführung befördernde, oder die Erlangung des Schadensersatzes hindernde Mitschuld dieser Personen vor, ohne welche die Beschädigung nicht stattgefunden hätte, oder der Beschädigte nicht in die Unmöglichkeit versetzt worden wäre, gegen den Schuldigen seine Ansprüche geltend zu machen. Ebenso ist aber eine gleichmäßig verantwortliche Mitschuld bei jenen begründet, welche durch gemeinsames Handeln einem Dritten eine Beschädigung zugefügt haben. **(Art. 69 Abs. 1.)** Ein solches ist gegeben, wenn die Beschädigung durch eine und dieselbe Handlung oder Unterlassung, woran mehrere Personen sich betheiligten, bewirkt wurde. Wenn also Mehrere zu gleicher Zeit, im Komplotte oder ohne Komplott, einen Andern mißhandeln, oder ein Vermögensstück desselben beschädigen, so entsteht der Schaden durch die Gemeinsamkeit der Handlung dieser Personen, und dieselben sind die gemeinschaftlichen physischen Urheber. Allein selbst dann, wenn eine Beschädigung durch das Zusammentreffen nicht gemeinschaftlicher Handlungen verübt wurde, die Betheiligung der einzelnen an dem eingetretenen bestimmten Erfolge aber nicht zu ermitteln ist, muß die Haftpflicht aller jener, welche rechtswidrig gehandelt haben, ausgesprochen werden, weil die Ungewißheit hierüber bei der Gewißheit, daß jeder eine beschädigende Handlung vorgenommen hat, die Verpflichtung zum Schadensersatze nicht aufheben kann, und jedenfalls durch die sämmtlichen Thäter verschuldet wurde. **(Art. 71.)** Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich in den Vorschriften der Art. 941 Abs. 3 und 946 Abs. 2.

Daß der Mitschuldige, welcher Ersatz geleistet hat, den Regreß gegen die übrigen Mitschuldigen habe, ist ein Postulat der Gerechtigkeit, weil letztere sonst frei seyn würden, während sie doch den Schaden ebenso wie der erstere verursacht haben. Dieser Regreß kann sich nicht nach der Größe der Mitschuld bestimmen, sondern muß lediglich nach Kopftheilen eintreten, weil einestheils die Verantwortlichkeit jedes Einzelnen nicht in dem Maße seiner Betheiligung an dem Erfolge, sondern nur in dieser Betheiligung für sich allein liegt, anderntheils die Ermittlung des Quantums der Ersatzsumme in den meisten Fällen unmöglich oder doch sehr schwierig wäre. Daß übrigens dem Anstifter gegen die übrigen Mitschuldigen und dem Thäter gegen die Gehilfen gar kein Regreß zugestanden wird, rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der erstere die Veranlassung zur Vornahme der Beschädigung gegeben und die anderen Mitschuldigen hiezu verleitet, jener aber die eigentliche Beschädigungshandlung und zwar den Gehilfen und Begünstigern gegenüber blos in seinem eigenen Interesse begangen hat. **(Art. 72.)**

Sowie Jeder in der Regel nur den von ihm selbst einem Anderen zugefügten Schaden ersetzen muß, so hat auch Jeder in der Regel den Schaden zu tragen, den er sich selbst zugezogen hat. Nur wenn ein Anderer zu dieser Beschädigung und zwar ohne wirksame Einwilligung des Beschädigten **(Art. 59)** beigetragen oder dieselbe schuldhaft vergrößert hat, kann der letztere von diesem entsprechenden Ersatz fordern. Den zugefügten Schaden ist der Urheber nur in dem Maaße zu ersetzen verpflichtet, als derselbe durch ihn gestiftet wurde. Hat also der Beschädigte selbst oder ein Dritter oder der Zufall den Schaden vergrößert, so liegt der Grund des größeren Umfanges des Schadens nicht in der Schuld des Thäters, und er kann daher auch nicht hiefür verantwortlich seyn. **(Art. 68.)**

In Betreff des Gegenstandes des Schadensersatzes gehen die **Art. 73—77** auf nähere Bestimmungen ein, weil der Entwurf die einzelnen unerlaubten Handlungen nicht sämmtlich speziell behandelt (wie es im gemeinen Rechte und einzelnen deutschen Gesetzgebungen der Fall ist) und daher hier zur richterlichen Beurtheilung der einzelnen Fälle ausführlichere Vorschriften nothwendig erscheinen.

Uebrigens hat der Entwurf zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden nicht unterschieden; es hat daher der zum Schadensersatze Verpflichtete auch für letzteren einzustehen, soferne er nur aus der widerrechtlichen Handlung wirklich hervorgegangen ist.

Dem Affektionswerthe einer Sache wurde die in manchen Gesetzen anerkannte Geltung versagt, weil hier nicht die subjektive Werthschätzung, sondern nur das wirkliche Vermögensinteresse als maßgebend erachtet werden können. (Art. 74.) Ebenso wurde der Ersatz der Vermögenseinbuße und des Gewinnes in angemessene und billige Grenzen zurückgeführt (Art. 77) und in dem Falle sogar ausgeschlossen, wenn der Beschädigte ihn auch jetzt noch zu erzielen im Stande war, der Erfolg daher nicht ausschließlich oder unbedingt dem Beschädiger zuzuschreiben ist.

Die Vorschrift des **Art. 78** über den Ort, wo der Schadensersatz zu leisten ist, entspricht einem absoluten Postulate der Gerechtigkeit, da der Beschädigte in keiner Beziehung hinsichtlich seiner Befriedigung verkümmert werden darf. Der **Art. 79**, wonach der Anspruch auf diesen Ersatz auch gegen die Erben des Beschädigers unbedingt, (also nicht beschränkt auf den Fall ihrer Bereicherung,) geltend gemacht werden kann, enthält eine in allen neueren Gesetzgebungen adoptirte Aenderung des gemeinen Rechtes, hervorgegangen aus der Erwägung, daß der Erbe in alle Vermögensrechte des Erblassers eintritt, und daher von selbst auch dessen Verbindlichkeiten, wozu offenbar auch der Schadensersatz gehört, auf ihn übergehen müssen, weil diese ja aus dem Vermögen des Erblassers zu erfüllen waren.

Was den Beweis bei Entschädigungsklagen aus einer aquilischen Culpa betrifft, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Kläger nicht nur die Beschädigung, sondern auch die Thatsache beweisen müsse, daß der Beschädigte sie schuldhaft, — aus Vorsatz, Muthwille oder Fahrlässigkeit oder durch Nichtbeobachtung einer besonderen Pflicht, — zugefügt habe, weil diese Eigenschaft der Beschädigungshandlung erst den Anspruch auf Schadensersatz begründet. Hier über-

läßt es der Entwurf der freien Beurtheilung des Richters, ob sich die Schuld des Beschädigers aus den Umständen nicht schon von selbst erkennen läßt. Daß der Beklagte das Vorhandenseyn eines seine Verantwortlichkeit ausschließenden Umstandes zu beweisen habe, ist ein allgemein anerkannter Grundsatz. **(Art. 80.)**

Auch in Ansehung des Beweises der Schadensgröße hat der Entwurf den Richter von den bisherigen Beschränkungen seiner freieren Erwägung entbunden, soferne direkte Beweismittel nicht oder nur mit unverhältnißmäßigem Kostenaufwand oder mit Weitläufigkeiten erbracht werden können. Es werden hiedurch zeitraubende und kostspielige Beweisverhandlungen vermieden und zugleich der Uebelstand gehoben, daß der Beschädigte häufig wegen mangelnder objektiver Beweismittel um sein gutes Recht kömmt, während der Richter füglich aus den Umständen und mit Beachtung der sonstigen Verkehrsverhältnisse, — nöthigenfalls nach erholtem Gutachten von Sachverständigen oder nach Ableistung eines dem Beschädigten auferlegten Eides — einen der Billigkeit entsprechenden Betrag festsetzen kann. **(Art. 81.)**

Zweites Hauptstück.

Wirkungen der Schuldverhältnisse.

Erste Abtheilung.

Verpflichtung des Schuldners zu gehöriger Erfüllung.

1) Hinsichtlich des Gegenstandes.

Ist dem Schuldner durch Gesetz oder verbindliche Privatverfügung eine Verpflichtung auferlegt, so hat er sie in dem ganzen Umfange, wie sie ihm obliegt, zu erfüllen. Hieraus folgt von selbst, daß der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers die Art der Erfüllung, wie sie durch Gesetz oder Privatverfügung begründet ist, in keiner Weise zum Nachtheile des Gläubigers verändern dürfe.

Insbesondere kann dem letzteren die Erfüllung durch einen Anderen nicht aufgenöthiget werden, wenn die Persönlichkeit des Schuldners hiebei von Einfluß ist, wenn also der Gläubiger nach Inhalt des Rechtstitels seiner Forderung oder der Natur der Leistung Anspruch auf ausschließliche Erfüllung durch die Person des Schuldners selbst hat, wie dieß bei Diensten, Werklieferungen, aufgetragener Geschäftsführung und dergleichen der Fall ist. **(Art. 82.)**

Aber nicht blos dasjenige, was nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes oder der Privatverfügung zu leisten ist, hat der Schuldner zu thun oder zu unterlassen, sondern auch dasjenige, ohne welches der ganze Zweck der Verpflichtung nicht erreicht werden kann, und welches sich nach der Natur dieser Verpflicht-

ung oder nach Gesetz oder Herkommen von selbst ergibt. **(Art. 83.)** Denn es lassen sich bei der großen Mannichfaltigkeit der Verkehrsverhältnisse die einzelnen Modalitäten einer Verbindlichkeit nicht immer ganz erschöpfend darstellen. — Nimmt der Gläubiger statt der Erfüllung eine Sache an Zahlungsstatt an, so geschieht dieß jedenfalls in der Absicht, hiedurch befriediget zu werden; diese Befriedigung wird aber vereitelt, wenn dem Gläubiger die Sache von einem Dritten entwährt wird. Der Schuldner muß daher in einem solchen Falle wie ein Verkäufer und nach den beim Kaufgeschäfte geltenden Grundsätzen Gewährschaft leisten **(Art. 84).** Hiernach fällt auch die Pflicht zur Entschädigung hinweg, wenn solche Umstände vorhanden sind, unter welchen sie beim Kaufe ausgeschlossen ist.

Der Ort der Erfüllung ist für alle auf dieselbe Bezug habenden Verhältnisse maßgebend; derselbe muß daher auch im Zweifel zum Anhaltspunkte der Bestimmung über Maß und Gewicht einer Leistung dienen **(Art. 85).** Was die Münzsorte anlangt, in welcher eine Geldschuld zu entrichten ist, so muß von dem Grundsatze ausgegangen werden, daß der Schuldner verpflichtet sey, dem Gläubiger gerade so viel an Werth zuzuwenden, als er zur Zeit der Begründung der Schuld anzusprechen hatte. Ist die Münzsorte nicht bestimmt, so kann der Schuldner in jeder am Orte der Zahlung gangbaren Münzsorte nach dem daselbst bestehenden Kurswerthe zahlen, weil der Gläubiger sie auch nach diesem Kurswerthe verwenden kann und sohin durch die Annahme irgend einer solchen Münzsorte nicht beeinträchtiget wird. Da übrigens Scheidemünzen nur als Ausgleichungsmittel für Zahlungen dienen und in größeren Quantitäten im Verkehre ohne Verlust nicht angebracht werden können, so ist auch der Gläubiger nicht verbunden, sie anders als zur Ausgleichung gröberer Münzsorten anzunehmen, wenn sie nicht ebenfalls früher vom Gläubiger dem Schuldner z. B. als Darlehen gegeben worden sind, wie dieß auch bereits im jüngsten Münzvertrage der Vereinsstaaten festgesetzt wurde. Es ergibt sich aber ferner aus dem oben angegebenen Prinzipe, daß der Gläubiger gerade diejenige Summe erhalten muß, worauf er nach den Münzverhältnissen zur Zeit der Begründung der Forderung Anspruch hat. Ist also die Münzsorte, in welcher die Zahlung zu geschehen hat, nicht festgesetzt, sondern diese Zahlung nur überhaupt der Summe nach bestimmt, so ist der Schuldner zwar nicht berechtiget, in einer wohl zur Zeit der Schuldbegründung gangbaren, jetzt aber nicht mehr geltenden Münzsorte Zahlung zu leisten, weil diese kein Zahlungsmittel mehr ist und der Gläubiger durch ein solches Verfahren beeinträchtiget würde; allein er kann auch nicht verbunden seyn, in den zur Zeit der Schuldbegründung gangbaren Münzsorten zu zahlen, wenn sie jetzt nicht mehr geltendes Tauschmittel sind, weil seine Zahlungspflicht erst jetzt begründet ist. Damit nun aber der Gläubiger die Summe erhalte, worauf er Anspruch hat, muß ihm in jetzt gangbaren Münzen nach dem dermalen anerkannten Kurswerthe eine solche Summe gegeben werden, welche dem Betrage der ursprünglichen Schuld nach den zur Zeit ihrer Begründung bestandenen Münzverhältnissen entspricht. Besteht also die Schuld in 1000 fl., so muß so viel in gangbaren Münzsorten gegeben werden, daß der Gläubiger 1000 fl. nach dem zur Zeit der Begründung bestandenen Münzverhältnissen erhält. War zu dieser Zeit

der Münzfuß des Gulden ein geringerer, als zur Zeit der Zahlung, und der Schuldner zahlt in Guldenstücken neuerer Währung, so braucht er nur so viele Guldenstücke zu zahlen als nothwendig sind, damit der Gläubiger seine 1000 fl. nach dem früheren geringeren Münzfuße erhält. **(Art. 87.)**

Ist dagegen die Münzsorte bestimmt, in welcher die Zahlung geschehen soll, so hat zwar der Schuldner vermöge dieser bindenden Bestimmung der Regel nach in denselben Münzsorten zu zahlen; aber wenn hinsichtlich der letzteren eine Veränderung eingetreten ist, wenn also der Münzfuß dieser Geldsorte erhöht oder herabgesetzt wurde, so hat er so viele einzelne Münzen dieser Sorte zu liefern, daß der Gläubiger diejenige Summe erhält, welche er nach dem früheren Kurswerthe und dem früheren Münzfuße anzusprechen hatte. Ist die stipulirte Münzsorte nicht mehr oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten zu beschaffen, so folgt im ersten Falle schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 119 Abs. 1), im zweiten Falle aus einer unabweisbaren Rücksicht der Billigkeit, daß der Schuldner berechtiget sey, in einer anderen Münzsorte nach ihrem dermaligen Kurswerthe zu zahlen **(Art. 88)**, wobei sich jedoch von selbst versteht, daß hier die Vorschrift des Art. 87 zur Anwendung kommen müsse.

Soll der Schuldner die Zahlung in einer bestimmten Anzahl von bestimmten Münzstücken leisten, so schuldet er gewissermaßen eine Spezies von einer Waare, und eine Veränderung des Nenn- oder Kurswerthes hat auf das Recht des Gläubigers und die Pflicht des Schuldners in Ansehung der Wirkung der Zahlung in solchen Münzstücken keinen Einfluß. Indem nun aber der Schuldner durch den, wenn auch ohne seine Schuld eingetretenen, Untergang der Spezies nur von der Ablieferung dieser Spezies nicht aber von der Erfüllung der Verbindlichkeit selbst befreit ist, so muß er nach Art. 119 Abs. 2 den ordentlichen Werth ersetzen. Dieser ordentliche Werth ist lediglich der Feingehalt der Münze. **(Art. 89.)**

Daß die in den Art. 86—89 enthaltenen Vorschriften nur vorbehaltlich besonderer Münzgesetze und Verordnungen gelten, versteht sich von selbst. **(Art. 90.)** Der Münzverträge wurde nicht erwähnt, weil diese erst Geltung erlangen, wenn sie gesetzlich oder in Folge verfassungsmäßig zulässiger Verordnungen als bindende Normen erklärt werden.

Von dem Grundsatze, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit in vollem Umfange zu erfüllen habe, hat das gemeine Recht und nach dessen Beispiele auch theilweise die neuere Gesetzgebung zu Gunsten gewisser Personen Ausnahmen gemacht und diesen das sog. beneficium competentiae eingeräumt. Daß diese Rechtswohlthat nicht in dem Umfange, in welchem sie nach der bisherigen Gesetzgebung stattfindet und namentlich nicht aus Rücksichten auf gewisse Klassen von Staatsbürgern beizubehalten sey, hierüber kann nach dem verfassungsmäßigen Grundsatze der Gleichheit vor dem Gesetze wohl kein Zweifel bestehen; zweifelhaft könnte es nur seyn, ob diese Rechtswohlthat nicht gänzlich ausgeschlossen werden solle, da es sich auf dem Standpunkte des strengen Rechtes schwer rechtfertigen läßt, ohne die Einwilligung des Berechtigten den Schuldner in irgend einer Beziehung zum Nachtheile des Gläubigers von der Pflicht vollständiger Erfüllung seiner Ver-

bindlichkeiten wenn auch nur momentan zu befreien. Indessen gibt es Verhältnisse in welchen nicht das starre Rechtsprinzip, sondern eine durch die Eigenthümlichkeit solcher Verhältnisse sich unwiderstehlich aufdringende mit dem Rechtsgefühle des Volkes harmonirende Billigkeit das Gesetz diktiren muß. Ein solches Verhältniß, welches auch noch andere Abweichungen von strengen Prinzipien des Civilrechtes nothwendig macht, ist jenes der Eltern und Großeltern zu den Kindern und Enkeln, sowie jenes der Ehegatten, dann jenes des Schenkers zu dem Beschenkten. Hier wäre überall die unerbittliche Strenge des Rechtes in Beziehung auf den Zwang zur alsbaldigen vollständigen Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten höchst unnatürlich, sie würde der Besonderheit jener Verhältnisse geradezu widerstreiten. Der Entwurf schließt sich daher jenen Gesetzgebungen an, welche die Rechtswohlthat der Kompetenz in dem auf die genannten Verhältnisse beschränkten Umfange beibehalten.

Den Verwandten in auf- und absteigender Linie, sowie den Ehegatten wird jene Wohlthat ohne Rücksicht auf die Art der Verbindlichkeit und bei letzteren auch ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung derselben eingeräumt, weil hier der gesetzgeberische Grund der Rechtswohlthat bei jeder Schuld eintritt. Bei Schwiegereltern und Schenkern dagegen ist gegenüber den Schwiegerkindern und dem Beschenkten das legislative Motiv nicht so stark, wie bei nahen Blutsverwandten und bei Ehegatten; hier kann daher die fragliche Wohlthat nur dann in Anwendung kommen, wenn es sich um die von den Schwiegereltern versprochene Mitgabe und um die Ansprüche aus der Schenkung handelt, weil hier nur die Art und Veranlassung des Schuldverhältnisses das legislative Motiv für die diesen Personen zugewendete Billigkeitsrücksicht ist.

Ist der Grund des Schuldverhältnisses eine unerlaubte Handlung, so fällt die Wohlthat hinweg, weil hier jene Rücksicht durch andere höhere Rücksichten namentlich durch den Grundsatz überwogen wird, daß Niemand aus seinen Delikten einen Vortheil ziehen dürfe. **(Art. 92.)**

Die Rechtswohlthat der Kompetenz muß dem Schuldner nicht nur gegen die Person des Gläubigers sondern auch gegen jeden Rechtsnachfolger, also nicht blos gegen die Erben sondern auch gegen die Cessionare des letzteren zustehen, da Forderungen nicht nur auf die Erben sondern auch auf jeden Singularsuccessor gerade so übergehen, wie sie in der Person des Gläubigers begründet waren, und namentlich der letztere nicht berechtiget ist, durch eine Veräußerung der Forderung die Lage des Schuldners zu verschlimmern. Dagegen kann jene Wohlthat weder den Bürgen noch den Rechtsnachfolgern des Schuldners zugestanden werden, soferne sie das Recht hierauf nicht selbständig vermöge ihres eigenen Verhältnisses zu dem Gläubiger ansprechen können, weil es sich nur um einen höchst persönlichen Anspruch handelt. **(Art. 91.)**

Die fragliche Rechtswohlthat ist kein selbständiges und unbedingtes Recht des Schuldners, sondern es kann nur in Frage kommen, wenn derselbe zur Zeit, wo er erfüllen soll, ohne Gefährdung der eigenen Subsistenz das Ganze nicht leisten kann; auch ist derselbe von dieser Leistung des Ganzen nicht an sich, sondern nur

unter den zur Zeit der geforderten Erfüllung obwaltenden Umständen befreit. Hieraus folgt von selbst, daß dem durch die Rechtswohlthat Begünstigten kein klagbares Recht einzuräumen ist sondern nur ein Schutzmittel gegen den erhobenen Anspruch des Gläubigers, und daß dieses nur nach geliefertem Beweise über die Gefährdung der eigenen Subsistenz des Schuldners und der von ihm zu ernährenden Personen gewährt werden kann und seine Wirkung verliert, wenn der letztere in bessere Vermögensumstände kömmt; daß endlich kein Rückforderungsrecht besteht, wenn der Schuldner vollständig geleistet hat, ohne sich auf die Rechtswohlthat zu berufen. **(Art. 94 u. 96.)** — Da die fragliche Wohlthat als Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur der eingeschränktesten Anwendung unterliegen kann, so darf nicht blos das wirkliche Vermögen des Schuldners, sondern es muß auch seine Erwerbsfähigkeit und die eigene Dürftigkeit des Gläubigers bei Bestimmung der Größe der Kompetenz in Anschlag gebracht werden. **(Art. 95.)**

2. Hinsichtlich des Ortes und der Zeit.

Für die Frage, an welchem Orte die geschuldete Leistung zu geschehen habe, ist zunächst eine etwaige gesetzliche oder die durch das betreffende Rechtsgeschäft festgesetzte Bestimmung entscheidend. Sind mehrere Orte bezeichnet, ohne daß bestimmt ist, wer den Ort zu wählen habe, oder daß die Leistung getheilt an verschiedenen Orten zu geschehen habe, so muß wohl die Absicht zu Grunde gelegt werden, daß dem Schuldner die Wahl zustehe, weil ja die Erfüllung Sache des Schuldners ist. **(Art. 97.)** Ist kein Ort der Erfüllung bestimmt, so muß, wenn die Natur und der Zweck des Schuldverhältnisses einen Anhaltspunkt dafür bieten, wo sie nach der Intention und dem Interesse der Betheiligten zu geschehen habe, zunächst nach diesen Rücksichten der Ort bestimmt werden. **(Art. 98.)** Für den Fall, daß ein solcher Anhaltspunkt nicht gegeben ist, stellt der **Art. 99** positive Vorschriften auf, wobei von dem Gesichtspunkte ausgegangen wird, daß die Erfüllung da geschehen müsse, wo sie der Gläubiger nothwendig erwarten konnte, daß daher auch eine spätere Veränderung des Ortes, wo die Sache zur Zeit der Begründung der Verbindlichkeit gelegen war, oder des Wohnortes des Schuldners in Ansehung des Ortes der Erfüllung keine Aenderung hervorbringen dürfe, daß dagegen auch die Erfüllung in Rücksicht auf den Schuldner nicht an einem Orte verlangt werden könne, wo sie mit größeren Schwierigkeiten, als er selbst oder das Gesetz voraussetzte, verbunden ist. Bei beweglichen, nicht vertretbaren Sachen durfte der Gläubiger mit Recht voraussetzen, daß er sie da erhalten werde, wo sie sich zur Zeit der entstandenen Verbindlichkeit befunden haben; ebenso konnte der Schuldner diesen Ort mit Recht als den Erfüllungsort annehmen, und es würde eine unmotivirte Belästigung für ihn seyn, wenn er sie an einem anderen Orte abliefern müßte. In jedem anderen Falle ist der Schuldner bei einem unentgeltlichen Vertrage nur da, wo er zur Zeit der Erfüllung wohnt, zu leisten verbunden, weil bei unentgeltlichen Leistungen die wenigst mögliche Belästigung desselben im Allgemeinen als beabsichtiget anzunehmen ist; wenn aber der Vertrag ein entgeltlicher war, so

mußten beide Kontrahenten voraussetzen, daß der Schuldner an dem Wohnorte zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit zu erfüllen habe.

Nur bei Geldzahlungen entspricht es dem Bedürfnisse und der allgemein angenommenen Gewohnheit des Verkehrs, daß sie in der Regel am Wohnorte des Gläubigers zu geschehen haben. **(Art. 100.)**

Wenn der Schuldner den Gegenstand der Leistung an den entfernt wohnenden Gläubiger abzuliefern hat, so bringt diese Verpflichtung von selbst mit sich, daß die Ablieferung auf Gefahr und Kosten des ersteren zu geschehen habe, und daß die Person oder die Anstalt, welche die Ablieferung vermittelt, nicht als Mandatar des Gläubigers, sondern des Schuldners erscheint.

Auch für die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit entscheidet zunächst die im Rechtstitel derselben ausdrücklich oder stillschweigend enthaltene Festsetzung. Stillschweigend ist die Zeit festgesetzt, wenn sich eine bestimmte Zeit der Erfüllung aus der Natur und dem Zwecke des Rechtsgeschäftes von selbst ergibt. Der Gläubiger kann, wenn eine solche Zeitbestimmung vorhanden ist, die Erfüllung nicht früher fordern und der Schuldner darf sie nicht später leisten. Vor der festgesetzten Zeit kann jedoch der Schuldner erfüllen, sofern diese Zeit nicht im Interesse des Gläubigers bestimmt ist, wie dieß z. B. bei einer verzinslichen Schuld mit einer Aufkündigungszeit der Fall ist. **(Art. 101.)** Will der Schuldner in diesem Ausnahmsfalle dennoch früher erfüllen, so muß er das Interesse ersetzen, also im obigen Beispiele die Zinsen bis nach geendigter Aufkündigungszeit zahlen.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner bei der früheren Rückzahlung einer in einer späteren Zeit fälligen unverzinslichen Geldschuld das Interusurium fordern könne und in welchem Maße, wird bekanntlich nach gemeinem Rechte auch in seiner jetzigen Anwendung nicht überall gleich beantwortet. Vom legislativen Standpunkte rechtfertigt sich die Beibehaltung dieser Verbindlichkeit als einer gesetzlichen überhaupt nicht. Zwar verliert der Schuldner bei früherer Zahlung den Genuß des Geldes, während dem Gläubiger der Vortheil dieses Genusses zugeht; allein da der Schuldner zu einer solchen früheren Zahlung nicht verbunden ist, so hat er, wenn er sie doch leistet, entweder ein Interesse es zu thun, (z. B. im Falle einer längeren oder weiteren Entfernung vom bisherigen Wohnorte) oder, wenn er kein Interesse hat, so geht aus der früheren freiwilligen Zahlung offenbar hervor, daß er das zur Zahlung verwendete Geld nicht anders benützen wolle oder könne, und jedenfalls kann er, da er freiwillig handelt, keinen Anspruch auf Vergütung des dem Gläubiger möglicher Weise zugehenden Vortheiles machen.

Es kann daher ein Interusurium außer dem Handelsverkehre nur zuläßig seyn, wenn der Gläubiger *in den Abzug einwilliget*. Hierbei setzt der **Art. 102** jedoch voraus, daß die vorzeitige Zahlung auf dem freien Willen des Schuldners beruhe. Verliert der Schuldner aus irgend einer Veranlassung (vgl. Exprop.-Gesetz vom 17. November 1837 §. 11) die Vortheile der ihm zustehenden Frist, so kann er, nach Maßgabe der besonderen Verhältnisse, für sie Vergütung verlangen. Eine Verabredung läßt aber der Entwurf nur unter der Voraussetzung gelten, daß zugleich der Betrag des Abzuges bestimmt ist, weil, wenn hierüber von den

Parteien nichts stipulirt ist, das Berechnungsprinzip schon an sich Schwierigkeiten unterliegt, und auch ein für alle möglichen Verschiedenheiten der einzelnen Fälle passendes Prinzip nicht wohl aufzufinden ist. Man kann also eine ausdrückliche Bestimmung von den Betheiligten füglich verlangen, um jede Ungewißheit zu beseitigen.

Unterhaltsbeiträge müssen, da der Unterhalt vorausgehende und gleichzeitige Mittel zu seiner Beschaffung erfordert, nicht nach Ablauf der bestimmten Fristen, sondern am Anfange derselben geleistet werden. Mit dem Tode des Berechtigten erlischt zwar diese Verbindlichkeit, weil die Forderung eine höchst persönliche ist, und als solche auf die Erben des Berechtigten nicht übergeht; allein es läßt sich nicht ermessen, ob der Berechtigte nicht während der überlebten Periode schon das Ganze aufgezehrt hat und hat aufzehren müssen, da nach der Erfahrung die Bedürfnisse jedes einzelnen Tages nicht gleich und ohnehin bei einer Krankheit, welche den Tod zur Folge hat, größer als gewöhnlich sind. Es wäre daher nicht nur unbillig, wenn das Vorausbezahlte so weit zurückgefordert werden dürfte, als auf die nach dem Tode noch übrige Zeit der ganzen Periode kömmt, sondern es ließe sich auch der Maßstab für eine richtige Berechnung der unverwendet gebliebenen Summe nicht oder nur schwer finden. Der Entwurf schließt deshalb übereinstimmend mit anderen neueren Gesetzen das Zurückforderungsrecht aus. **(Art. 103.)**

Bei unbestimmten Zeitangaben muß die Leistungszeit theils nach der Natur der Sache, theils nach der muthmaßlichen Absicht der Betheiligten, überall aber mit Rücksicht auf das Interesse desjenigen, zu dessen Gunsten die Zeit unbestimmt gelassen wurde, bemessen werden. Ist die Zeit ganz dem Belieben des Schuldners anheimgegeben, so ist wohl die Zeit der Leistung, nicht aber der Rechtsbestand des Schuldverhältnisses selbst in die Willkür des Schuldners gestellt. Kann daher die Erfüllung von den Erben geschehen, so darf der Schuldner dieselbe bis zu seinem Tode unterlassen; ist aber eine Leistung in Frage, welche die Erben nicht erfüllen können oder müssen, so kann der Gläubiger verlangen, daß der Richter die Zeit der Leistung nach Billigkeit festsetze. **(Art. 104.)**

Soll die Erfüllung „sobald als möglich" oder „in Kurzem" geschehen, so ist der in diesen so wie in ähnlichen Ausdrücken liegende Mangel einer genauen Vertragsbestimmung im Falle des Andringens des Gläubigers ebenfalls von dem Richter nach Maßgabe der Umstände zu ergänzen. **(Art. 105.)**

Ist über die Leistungszeit keine ausdrückliche oder durch die Natur und den Zweck der Verbindlichkeit stillschweigend gegebene Bestimmung getroffen, so kann der Gläubiger sofort die Erfüllung fordern, da seinem Anspruche kein Hinderniß entgegensteht, und es fällt die Zeit der Wirksamkeit des Vertrages mit der Zeit der Fälligkeit zusammen; doch erfordert es auch hier die Rücksicht auf die Verhältnisse des Lebens und Verkehres, daß dem Schuldner nach der Beschaffenheit der Leistung und der zu ihrer Ausführung nothwendigen Zeit eine billige Frist gestattet werde. **(Art. 108.)**

Es darf hier der Unterschied zwischen dem Falle der durch die Natur und

den Zweck der Leistung schon stillschweigend bestimmten Zeit und der vom Richter zu gewährenden Frist nicht übersehen werden. Im ersten Falle handelt es sich von einer durch jene Verhältnisse genau bestimmten Zeit, so daß es keiner weiteren Festsetzung bedarf, z. B. wenn ein Haus zum Behufe der Bewohnung während eines bestimmten Ereignisses gemiethet wird; hier ist der Tag, wo das Ereigniß eintritt, die bestimmte Zeit der Erfüllung von Seite des Vermiethers. Im anderen Falle handelt es sich um eine in dieser Weise nicht bestimmte, wohl aber um eine in Folge der Besonderheit des Rechtsverhältnisses nothwendige Zeit zur Ausführung, z. B. wenn Jemand ohne Zeitbestimmung und ohne Angabe der Zeit des Bedürfnisses verspricht, ein Bild zu fertigen.

Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten ist wegen der Gleichheit der Berechtigung und Verpflichtung kein Theil schuldig eher als der andere zu erfüllen, die Erfüllung muß also beiderseits gleichzeitig (Zug um Zug) geschehen. Jeder Theil muß, um Anspruch auf die Erfüllung des andern machen zu können, entweder schon erfüllt haben oder bereit gewesen seyn, seine eigene Leistung in dem Momente wirklich zu erfüllen, wo er selbst jene Erfüllung des andern fordert. Deßhalb gehört es zur Begründung der Klage, daß der Kläger bereits erfüllt habe, oder bereit sey zu erfüllen. Hier muß aber die bloße Erklärung, zur Erfüllung bereit zu seyn, genügen, weil im Falle eines Streites über die Verpflichtung des andern Theiles vor der Erlassung des rechtskräftigen Erkenntnisses ein reelles Anbieten undenkbar ist, vielmehr erst dann, wenn es in Folge des Urtheiles oder eines Vergleiches oder einer freiwilligen Anerkennung des klägerischen Anspruches zur Erfüllung von Seite des Beklagten kommt, der Zeitpunkt eintritt, wo der Kläger auch seinerseits reell bereit seyn muß, das ihm Obliegende zu leisten. **(Art. 107 u. 108.)**

Zweite Abtheilung.

Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung.

Da der Gläubiger Anspruch auf Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners in ihrem ganzen Umfange hat, so muß der letztere, wenn er sie schuldhaft gar nicht oder nicht gehörig bewirkt, dem ersteren für den dadurch verursachten Schaden Ersatz leisten. Vermöge jener Pflicht zur Erfüllung darf der Schuldner nicht nur absichtlich nichts thun oder unterlassen, wodurch die ihm obliegende Pflichterfüllung unmöglich oder beeinträchtigt wird (Unredlichkeit), sondern er darf auch nicht durch Sorglosigkeit (Versehen) eine solche Benachtheiligung des Gläubigers herbeiführen. Denn derjenige, welchem eine bestimmte Pflichterfüllung obliegt, muß von selbst auch darauf bedacht seyn, sie zu bewerkstelligen, und wenn er daher diese Sorgfalt selbst absichtslos aus Mangel an Vorsicht unterläßt, so begeht er auch hierdurch eine Verletzung jener Pflicht, also eine Rechtswidrigkeit.

Wie groß diese Sorgfalt und Umsicht seyn müsse, richtet sich nach der Individualität einzelner Schuldverhältnisse, wo aber das Gesetz in dieser Beziehung

nichts Besonderes verordnet, nach den Vortheilen, welche der einzelne Kontrahent aus dem Vertrage zieht. Der Entwurf hat den Grad der Sorgfalt und somit auch die Eigenschaft der zu verantwortenden Verletzung derselben bei jenen einzelnen Schuldverhältnissen, welche eine besondere Eigenthümlichkeit darbieten, speziell bezeichnet. Wo dieß nicht der Fall ist, muß die anzuwendende Sorgfalt und daher die Verantwortlichkeit wegen Vernachlässigung derselben größer seyn, wenn Jemand Vortheile aus einem Vertrage zieht, als in einem Falle, wo ihm solche Vortheile nicht zugehen, sondern blos Verbindlichkeiten obliegen.

Der Entwurf unterscheidet in dieser Beziehung in Uebereinstimmung mit der neuesten Doktrin und anderen neueren Gesetzgebungen nur zwei Grade des Versehens. Daß der Verpflichtete jene Sorgfalt anwende, welche von einem gewöhnlichen Menschen erwartet wird, oder welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, kann in der Regel in allen Schuldverhältnissen verlangt werden. Nur unter besonderen Voraussetzungen kann sein Versehen nach dem Maaße der Sorgfalt beurtheilt werden, welche ein sorgfältiger Hausvater unter gleichen Verhältnissen anwendet. **(Art. 110 u. 111.)**

Die Unterlassung der ersteren Sorgfalt ist ein grobes, die Unterlassung der anderen ein leichtes Versehen. Die Annahme dreier Grade der Sorgfalt macht die Unterscheidung und Ermittlung des wirklich vorhandenen Grades in einzelnen Fällen äußerst schwierig, und ist auch schon von vornherein durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten. Indessen kann eine an sich geringe Fahrlässigkeit aus besonderen Gründen auch zur groben werden. Dieses tritt insbesondere im Falle des **Art. 112** ein. Wenn auch die in diesem Artikel genannten Personen bei der Unternehmung eines Geschäftes, dessen Ausführung besondere, ihnen nicht innewohnende Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzt, alle jene Sorgfalt anwenden, welche ihnen nach dem Grade ihrer beschränkten Kenntnisse oder Geschicklichkeit möglich ist, also an sich kein Versehen begehen, so müssen sie doch für die nachtheiligen Folgen wie eine dem Geschäfte vollkommen gewachsene Person, also für die Unterlassung einer Sorgfalt haften, welche eine solche Person anwenden kann und muß, wenn sie nicht dem Vorwurfe der Fahrlässigkeit sich aussetzen will. Denn das Verschulden liegt hier in der Unternehmung eines Geschäftes, von welchem der Unternehmende wissen mußte, daß er ihm nicht gewachsen sey, daß er sohin einen Anderen durch sein Unternehmen benachtheiligen könne. Wenn also derselbe jenen Grad der Sorgfalt versäumt, welche einer dem Geschäfte gewachsenen Person als grobes Versehen angerechnet wird, so ist auch er, obschon ihm die Erkenntniß der Nothwendigkeit dieser Sorgfalt und die Fähigkeit sie anzuwenden fehlt, dennoch wegen dieses Grades des Versehens verantwortlich, und nur wenn er eine, bei einer dem Geschäfte gewachsenen Person als geringes Versehen geltende Sorgfalt unterläßt, fällt ihm ein geringes Versehen zur Last.

Die vertragsmäßige Uebernahme der Verpflichtung zu einer höheren, als der durch das Gesetz vorgeschriebenen Sorgfalt ist unbedenklich, da sie durch die besonderen Interessen der Betheiligten geboten seyn kann. Dagegen widerstreitet die zum Voraus bestimmte Befreiung von einer Verantwortlichkeit wegen Unred-

lichkeit oder groben Versehens allen sittlichen und rechtlichen Grundsätzen, und kann nur auf ganz verwerflichen Motiven beruhen, sonach keinen Anspruch auf gesetzliche Anerkennung machen. Eine geringe Fahrlässigkeit ist keine so vorwurfsvolle Pflichtverletzung, wie die grobe, bei welcher eine an Unredlichkeit grenzende Nichtachtung obliegender Pflichten vorhanden ist, und es kann daher nicht als eine verwerfliche Bestimmung angesehen werden, wenn die Haftung für geringes Versehen ausgeschlossen wird, besonders da es bei Rechtsangelegenheiten oft schwer ist, stets jene höhere Sorgfalt anzuwenden, welche das Gesetz erfordert. **(Art. 114.)**

Da der Gläubiger vermöge des Obligationsverhältnisses nur ein Recht hat, die schuldige Leistung zu verlangen, so kann er auch im Allgemeinen nur diese im Wege der Klage geltend machen, wenn der Schuldner nicht oder nicht gehörig erfüllt. Nur wenn die Versäumung des Schuldners bereits die Unmöglichkeit der späteren Erfüllung herbeigeführt hat, kann sofort, statt auf Erfüllung, auf Schadensersatz geklagt werden, weil die Klage in ersterer Beziehung zu keinem Erfolge führen würde. Aber selbst da, wo die Erfüllung noch möglich ist, muß dem Kläger die Kumulirung beider Klagen für den möglichen Fall gestattet seyn, daß der Schuldner dem Urtheile keine Genüge leisten werde, weil hier der Anspruch auf Schadensersatz nur ein eventueller ist, und in dieser Gestaltung das Recht des Schuldners, statt der verlangten Ersatzleistung, die Erfüllung selbst zu bewirken, nicht beeinträchtiget, sondern nur ein möglicher doppelter Prozeß vermieden wird.

Das bei gegenseitigen Verträgen außer der Klage auf Erfüllung und auf Schadensersatz noch weiter eintretende Recht auf Auflösung des Vertrags (Art. 138) wird weiter unten näher besprochen werden.

Die nothwendige Folge eines verantwortlichen Verschuldens ist die Verpflichtung zum Schadensersatze. **(Art. 109.)** Ist für den Fall der unterlassenen oder nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages eine Strafleistung stipulirt, so tritt diese letztere nach Art. 47 und 51 an die Stelle des Schadensersatzes. Ist aber dies nicht der Fall, sondern ist der wirklich zugegangene Schaden zu ersetzen, so muß nicht blos der positive Nachtheil — der Verlust an bereits vorhandenem Vermögen — sondern auch die Einbuße eines bei gehöriger Erfüllung des Vertrages in Aussicht gestellten Gewinnes vergütet werden, weil der beeinträchtigte Kontrahent auf diese Erfüllung, folglich auch auf die Vortheile derselben Anspruch hat. **(Art. 116.)**

Die Ermittelung des Schadens darf auch hier, gemäß der im Art. 81 festgestellten Grundsätze, nicht nach einer ängstlichen und formellen Berechnung, sondern muß nach vernünftigem Ermessen und unter billiger Berücksichtigung der Umstände geschehen, so daß der Richter in Beurtheilung desselben sich freier, als nach dem bisher bestehenden Rechte bewegen kann.

Besteht die Verbindlichkeit in dem Unterlassen einer Handlung, so umfaßt das Interesse des Gläubigers nicht blos den Schaden, welcher ihm durch die Vornahme der Handlung zugeht, sondern auch die Wiederherstellung des früheren Zustandes und die Schutzmittel gegen künftige Zuwiderhandlungen. **(Art. 118.)**

Ist der Schuldner durch einen Zufall gehindert worden, seine Verbindlichkeit

zu erfüllen, so muß der Regel nach dessen Befreiung von derselben eintreten, ohne daß er zu irgend einem Ersatze verbunden ist, weil es zu unmöglichen Leistungen keinen Zwang gibt, und diese Unmöglichkeit ihren Grund in einem äußeren von dem Willen des Schuldners unabhängigen Ereignisse hat. Es gibt aber Fälle, wo das Gesetz hievon eine Ausnahme macht; auch können die Betheiligten übereinkommen, daß einer von ihnen die Gefahr zufälliger Ereignisse übernimmt. So ist der Schuldner wegen Verzuges (Art. 133), sowie aus einer unerlaubten Handlung (Art. 73 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1) auch bei zufälliger Unmöglichkeit der Erfüllung jedenfalls zum Ersatze verpflichtet; ebenso muß Derjenige, welcher auf den Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung für das Interesse eines Anderen hiebei einzustehen übernommen hat, dieses Interesse vergüten, wovon im Art. 36 ein spezielles Beispiel vorkömmt. Wo eine solche Ausnahme eintritt, ist übrigens der Umfang der Ersatzpflicht verschieden, je nachdem das Gesetz oder eine Privatbestimmung eine höhere oder mindere Verantwortlichkeit begründet.

Da hier immer ein Zufall der Grund der unmöglich gewordenen Erfüllung ist, so muß als Regel gelten, daß der Schuldner nur das gewöhnliche Surrogat des zu leistenden Gegenstandes zu geben, sohin nur den ordentlichen Werth desselben zu ersetzen hat, da eine weiter gehende Haftung nur die Folge eines Verschuldens oder einer ausdrücklichen Verpflichtung hiezu seyn kann. Eine Haftung für den außerordentlichen Werth der unmöglich gewordenen Leistung sowie für den Verlust eines Gewinnes ist daher nur in den eben bezeichneten Fällen begründet.

Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten bestimmt der Entwurf nach dem Beispiele der neueren Legislationen unbedingt und ohne Rücksicht auf den Gegenstand solcher Verbindlichkeiten, daß der durch Zufall von seiner Verbindlichkeit also auch von der Ersatzpflicht befreite Theil keinen Anspruch auf die Gegenleistung habe, während das gemeine Recht und mehrere deutsche Gesetzgebungen bei Verbindlichkeiten, welche auf ein Geben, also auf Eigenthumsübertragung, gerichtet sind, in diesem Falle jenen Anspruch aufrecht erhalten. Abgesehen nemlich davon, daß kein haltbarer Grund vorliegt, warum bei Verbindlichkeiten, welche auf ein Geben gerichtet sind, etwas Anderes gelten solle, als bei anderen Verträgen, welche ebenfalls eine Leistung und Gegenleistung zum Gegenstande haben, so kann doch jedenfalls vom Standpunkte des Gesetzgebers nicht übersehen werden, daß es ungerecht wäre, wenn derjenige, welcher von dem anderen Theile die diesem obliegende Leistung nicht erhält, demohngeachtet diesem die nur für die Leistung desselben schuldige Gegenleistung bewerkstelligen müßte, auch wenn sie das Geben einer Sache zum Gegenstande hat. Denn Leistung und Gegenleistung sind wechselseitige Verbindlichkeiten, von denen jede durch die andere bedingt ist. Wenn nun eine derselben durch Zufall unmöglich wird, so kann zwar das Gesetz denjenigen, dessen Leistung unmöglich wird, nicht zwingen, den Werth derselben zu vergüten, falls nicht eine der oben erwähnten Ausnahmen vorliegt; da aber der Zufall in seiner Person eintritt, so muß er auch die Folge davon tragen und kann nicht von dem an-

deren Theile dasjenige verlangen, was dieser nur unter der Voraussetzung schuldig war, daß er die Gegenleistung empfängt.

Man wendet zwar ein, daß ja der andere Theil, wenn die Sache nach der Uebergabe bei ihm selbst durch Zufall zu Grunde gegangen wäre, die Gegenleistung jedenfalls hätte bewerkstelligen müssen, der eingetretene Aufschub des Vollzuges aber als etwas Zufälliges nicht von Einfluß seyn könne. Diesem Einwande steht aber die Erwägung entgegen, daß, wenn die Sache übergeben ist, der zur Uebergabe Verpflichtete seine Verbindlichkeit erfüllt hat, der andere Theil Eigenthümer der übergebenen Sache geworden ist, und daher die Folgen des nun erst eintretenden zufälligen Unterganges derselben tragen muß, folglich auch von der ihm selbst schuldigen Leistung wegen dieses Unterganges nicht entbunden seyn kann, während vor der Uebergabe der hiezu Verpflichtete seiner Seits nicht erfüllt hat und noch Eigenthümer der Sache ist, der Zufall also ihn mit allen seinen Folgen treffen muß.

Eine nothwendige Folge des adoptirten Prinzipes ist es, daß, wenn die Gegenleistung schon erfolgte, bevor die Unmöglichkeit der Leistung des anderen Theiles eingetreten ist, die erstere zurückgefordert werden könne, weil sie nur unter der Voraussetzung der Leistung von Seite des anderen Theiles geschehen war. **(Art. 119.)**

Ist die Erfüllung durch Zufall nur theilweise unmöglich geworden, so fällt, wenn der Zufall ein solcher ist, wodurch der Schuldner von der Verbindlichkeit befreit wird, von selbst die Verpflichtung zur Erfüllung der unmöglichen Leistung sowie zu irgend einem Ersatze hiefür hinweg, und es bleibt die Verbindlichkeit zur Erfüllung nur hinsichtlich desjenigen Theiles der Leistung aufrecht, bei welcher dieselbe noch möglich ist. Ist aber der Zufall nicht befreiend, so hat der Verpflichtete wegen des unmöglich gewordenen Theiles der Erfüllung Ersatz, und zwar nach Maßgabe der ihm obliegenden größeren oder geringeren Verantwortlichkeit zu leisten, und, was sich von selbst versteht, auch den noch möglichen Theil der Leistung zu bewerkstelligen.

Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten kann der Gläubiger, der Zufall mag befreiend oder nicht befreiend wirken, einen Abzug an der Gegenleistung machen, was schon aus der Motivirung des Abs. 3 des Art. 119 folgt. Derselbe kann aber auch in beiden Fällen vom Vertrage zurücktreten, wenn er diesen Vertrag im Falle der schon zur Zeit des Abschlusses vorliegenden Gewißheit der Unmöglichkeit vollständiger Leistung nicht abgeschlossen hätte, weil bei gegenseitigen Verträgen eine vollständige Erfüllung in Beziehung auf den Hauptzweck des Geschäftes die sich von selbst verstehende Bedingung der Vertragseingehung ist. **(Art. 120).**

Ist bei gegenseitigen Verbindlichkeiten dem einen Theile die Erfüllung durch die Schuld des anderen unmöglich geworden, so wird er, da für ihn diese Unmöglichkeit ein Zufall ist, nach Art. 119 Abs. 1 von seiner Leistungspflicht, sohin auch von der Pflicht zum Ersatze befreit, dagegen gibt ihm der **Art. 121** noch nebstdem den Anspruch auf die Gegenleistung, weil es ungerecht wäre, wenn er diesen Vortheil aus einer Schuld des anderen Theiles verlieren würde, der letztere

vielmehr, — nach demselben Prinzipe, nach welchem eine Bedingung als erfüllt angesehen wird, wenn derjenige, zu dessen Gunsten sie gereicht, die Erfüllung vereitelt, (Art. 48 Thl. I.) — als wirklich befriediget gelten muß.

Zur Begründung einer Klage aus einem Schuldverhältnisse ist nur der Beweis der Thatsache nothwendig, daß dieses Schuldverhältniß bestehe, weil in diesem Falle von selbst die Verpflichtung zur Erfüllung aller hieraus fließenden Obliegenheiten folgt. Behauptet der Beklagte, daß er von dieser Pflicht zur Erfüllung befreit sey, so behauptet er eine Ausnahme von jener schon im Bestehen des Schuldverhältnisses begründeten Verbindlichkeit; er muß also auch die diese Ausnahme begründenden Thatsachen beweisen, soferne nicht aus den Umständen die Wahrscheinlichkeit für das Vorhandenseyn solcher Thatsachen entnommen werden kann. Die Zulässigkeit dieser Quelle der richterlichen Ueberzeugung unterliegt hier schon deshalb keinem Anstande, weil es sich um Thatsachen handelt, über welche es dem Betheiligten in den meisten Fällen nicht möglich ist, sich unmittelbare Beweisbehelfe zu verschaffen. **(Art. 122 u. 123.)**

Dritte Abtheilung.

Folgen des Verzuges insbesondere.

Der Verzug der Erfüllung fällt im Allgemeinen unter die Vorschrift des Art. 109, indessen hat er besondere Eigenthümlichkeiten und Wirkungen, welche eine spezielle gesetzliche Regelung bedürfen.

Ein Verzug des Schuldners ist vorhanden, wenn er rechtswidrig nicht rechtzeitig erfüllt. Rechtswidrig ist diese Nichterfüllung, wenn die Erfüllung vom Schuldner vermöge des Obligationsverhältnisses hätte bewirkt werden sollen, deren Aufschub aber in einem Verschulden des Schuldners ihren Grund hat; folglich keine jener Voraussetzungen gegeben ist, unter welchen nach Art. 127 der Verzug dem Schuldner nicht zur Last gelegt werden kann. Die Erfüllung ist aber nicht rechtzeitig, wenn entweder der schon zum Voraus bestimmte Zeitmoment, wo sie geschehen soll, bereits verflossen ist, oder wo kein solcher Zeitpunkt bestimmt ist, wenn der Gläubiger die Erfüllung bereits verlangt, — den Schuldner gemahnt hat. Im ersten Falle, wo schon zum Voraus durch Gesetz oder Privatverfügung der Zeitpunkt bestimmt ist, braucht nemlich der Gläubiger nicht erst die Erfüllung zu verlangen, weil ja die Leistung in diesem Zeitpunkte schon durch diese Bestimmung eine Verpflichtung des Schuldners geworden ist; im zweiten Falle aber, wo eine solche Bestimmung fehlt, liegt in der Unterlassung der augenblicklichen Erfüllung an sich keine Rechtsverletzung, weil in diesem Falle die Leistung in einer bestimmten Zeit nicht durch das Schuldverhältniß selbst als Verpflichtung festgesetzt ist. Hier tritt das Gesetz ergänzend ein, und gibt dem Gläubiger das Recht, die sofortige Erfüllung zu verlangen (Art. 106), folglich ist ein Versäumniß des Schuldners erst dann denkbar, wenn der Gläubiger dieses Verlangen gestellt hat, weil der Schuldner erst von da an verpflichtet ist, zu erfüllen, sohin erst von da

an durch ein Nichterfüllen die ihm hinsichtlich der Zeit obliegende Verpflichtung verletzt. **(Art. 124.)**

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn der Schuldner auf das Verlangen des Gläubigers, augenblicklich zu erfüllen, im Falle des Art. 106 (am Ende) vom Richter eine weitere Frist hiezu erwirkt, der Verzug erst vom Ablaufe dieser Frist beginnt, weil hier vermöge des Gesetzes diese weitere Frist an die Stelle derjenigen Zeit tritt, innerhalb welcher der Schuldner ohne diese Bewilligung zu erfüllen gehabt hätte.

Da der Anspruch auf sofortige Erfüllung voraussetzt, daß die Forderung geltend gemacht werden könne (daß sie fällig sey), daß sohin kein rechtliches Hinderniß dieser Geltendmachung entgegenstehe, z. B. keine Suspensivbedingung, keine Zeitbestimmung hinsichtlich der Vollkommenheit des die Forderung begründenden Rechtsgeschäftes, so ist auch die Mahnung wirkungslos, wenn sie vor dieser Fälligkeit der Forderung bewirkt wird. **(Art. 125 Abs. 1.)** Die im **Abs. 2** dieses Artikels vorgeschriebene Art der Mahnung entspricht den allgemeinen Grundsätzen und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung.

Da die besonders erwähnte Zustellung der Zahlungsaufforderung nach Maßgabe der Prozeßvorschriften über gerichtliche Zustellungen auch für den Fall der Abwesenheit des Schuldners an einem unbekannten Orte von Wirksamkeit ist, so muß die gemeinrechtliche Bestimmung, daß in diesem Falle eine Mahnung nicht nothwendig sey, wegfallen.

Wer sich durch eine unerlaubte Handlung in den Besitz einer fremden Sache gesetzt hat, muß von selbst wissen, daß er augenblicklich diese Sache dem Berechtigten zurückzustellen verbunden sey, weil er sie keinen Augenblick demselben vorzuenthalten berechtiget ist. Es bedarf also keiner besonderen Mahnung, um ihn in Verzug zu setzen. **(Art. 126.)**

Der Vorwurf einer schuldhaften Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit setzt voraus, daß diese dem Schuldner bekannt sey und daß er keinen Grund habe, ihr Daseyn, ihren Umfang oder die Berechtigung des angeblichen Gläubigers in Zweifel zu ziehen. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so kann dem Schuldner die Unterlassung der Leistung nicht als Verzug angerechnet werden. **(Art. 127.)**

Auch der Gläubiger ist verbunden, den Vollzug der Leistung rechtzeitig geschehen zu lassen, wenn sie in pflichtmäßiger Weise von demjenigen angeboten wird, welcher leisten darf. Verweigert er die Annahme oder verhindert er die Leistung unmittelbar oder mittelbar, z. B. durch Nichterscheinen an dem Orte, wo sie zu geschehen hat, oder durch Nichtbeseitigung der in seiner Person begründeten Hindernisse der Leistung: — so befindet er sich ebenfalls im Verzuge. **(Art. 128.)** Darf die Leistung an den Gläubiger oder einen Dritten geschehen, so versteht es sich von selbst, daß, da der Schuldner berechtiget ist, an den letzteren zu leisten, dieser also die Stelle des ersteren vertragsmäßig vertritt, der Gläubiger durch den Verzug des Dritten gleichfalls in Verzug gesetzt werde.

Die Wirksamkeit des Verzuges setzt bei wechselseitigen Verpflichtungen voraus,

daß derjenige, welcher sie geltend macht, seinerseits dasjenige geleistet habe, was ihm selbst obliegt, weil der andere Theil vorher nicht zu erfüllen verbunden ist. (Art. 130 in Verbindung mit Art. 107 und 108.) Tritt der Verzug auf beiden Seiten zu gleicher Zeit ein, z. B. wenn Gläubiger und Schuldner zur verabredeten Erfüllungszeit und am verabredeten Erfüllungsorte nicht eintreffen, so ist der Verzug selbstverständlich auf beiden Seiten wirkungslos.

Die Wirkung des Verzuges besteht, wenn er dem Schuldner zur Last fällt, in der Haftung desselben für jedes Versehen, auch wenn er vorher hiezu nicht verbunden war, sowie in der Verpflichtung desselben zum vollen Schadensersatze, und zwar nach dem höchsten Werthe der Sache während der Zeit des Verzuges, weil der Säumige dem Berechtigten die Möglichkeit entzogen hat, diesen höchsten Werth, zu dessen Erwerb ihm die Gelegenheit bei rechtzeitiger Leistung gegeben war, zu gewinnen. Ebenso hat der Säumige die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der Verschlechterung einer abzuliefernden Sache zu tragen, wenn der Untergang nicht auch bei dem Gläubiger eingetreten wäre, weil hier die Versäumniß die Möglichkeit des Unterganges und der Verschlechterung, sohin die Unmöglichkeit der Erfüllung herbeigeführt hat. **(Art. 132 u. 133.)**

Da die dem Gläubiger entgangene Benützung für ihn ein durch den Verzug des Schuldners bewirkter Nachtheil ist, so hat diesen der letztere ebenfalls zu ersetzen. Weil aber Geld der Regel nach durch verzinsliche Anlage nutzbringend verwendet wird, so hat der Gläubiger auch zunächst nur Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen. Hat jedoch derselbe einen höheren Schaden durch die Säumniß erlitten, — z. B. er hatte in der gerechten Erwartung der Zahlung Verbindlichkeiten übernommen, deren Nichterfüllung ihm empfindlichere Nachtheile, als jene Zinsen betragen, zuzog, — so ist der Säumige, den die Schuld dieser Nachtheile trifft, auch den Ersatz hiefür zu leisten verbunden. Dabei versteht es sich von selbst, daß der Schuldner neben diesem Schadensersatze nicht auch noch obige Zinsen zu zahlen hat. **(Art. 136.)**

Der Verzug des Gläubigers kann nur die Folge haben, daß er, wenn inzwischen die Erfüllung auf Seite des Schuldners durch Zufall unmöglich wird, die Gefahr zu tragen hat, sohin die Pflicht des letzteren zu dieser Erfüllung hinwegfällt; der Gläubiger bleibt aber demohngeachtet zu der ihm selbst obliegenden Gegenleistung verbunden und muß dem Schuldner, wenn dieser auf den abzuliefernden Gegenstand nothwendige oder nützliche Verwendungen gemacht hat, deren Betrag soweit sie den gezogenen Nutzen übersteigen, ersetzen. Hieraus folgt von selbst, daß der Schuldner weder Verzugs- noch vertragsmäßige Zinsen zu zahlen hat, weil der Gläubiger die Schuld trägt, daß jener sich durch rechtzeitige Erfüllung von Zahlung dieser Zinsen nicht befreien konnte. **(Art. 134 u. 137.)**

Was der Artikel 135 hinsichtlich der zufälligen Verschlechterung der Sache während der Verzugszeit verordnet, ist nur eine Konsequenz der für den gänzlichen Untergang der Sache geltenden Grundsätze.

Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten hat der Entwurf nach dem Beispiele an-

derer Gesetzgebungen bei dem Verzuge des Schuldners dem Gläubiger die Wahl eingeräumt, entweder auf Erfüllung oder Auflösung des Vertrages und auf Schadensersatz zu klagen. Durch diese Bestimmung ist ein wichtiger und folgenreicher Grundsatz des gemeinen Rechtes und einiger anderer Gesetzgebungen geändert worden. Zwar haben sich schon in der Doktrin Stimmen für das Recht des Gläubigers erhoben, vom Vertrage abzugehen und bloß auf Schadensersatz zu klagen, falls in Folge des Verzuges das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung weggefallen ist. Jedenfalls ist das praktische Bedürfniß für den Gesetzgeber ein absolut zwingendes Motiv, jenen gemeinrechtlichen Grundsatz zu verlassen, und dem Gläubiger unbedingt, also ohne Rücksicht auf den Nachweis des weggefallenen Interesse an der Erfüllung das oben erwähnte Wahlrecht einzuräumen.

Bei wechselseitigen Verbindlichkeiten ist jeder Theil um so mehr berechtiget, von dem andern die rechtzeitige Erfüllung zu verlangen, als er in dieser Voraussicht seine Verhältnisse einrichtet und vielleicht eben nur mit einer bestimmten Person den Vertrag geschlossen hat, weil er von dieser die rechtzeitige Erfüllung in Rücksicht auf sein Interesse und den hiebei beabsichtigten Zweck hoffen zu dürfen glaubte. Dieser andere Theil hat schon vermöge des Vertrages die Pflicht rechtzeitiger Erfüllung, und nur, wenn er dieser Pflicht genügt, hat er Anspruch auf die Gegenleistung; folglich verliert er, wenn er nicht rechtzeitig erfüllt, wegen des in seiner Schuld gegründeten Nichteintrittes der Voraussetzung seines Anspruches das Recht, noch später zu erfüllen, und dann jenen Anspruch geltend zu machen. Die Berechtigung, später noch zu erfüllen, liegt an sich nicht in der bindenden Wirkung des Vertrages, auch wenn der desfallsige Schaden ersetzt wird, weil ja, wie gezeigt, gerade die rechtzeitige Erfüllung ein Hauptheil der Verpflichtung des Schuldners aus dem Vertrage ist, und es kann daher behauptet werden, daß das gemeine Recht hier nicht konsequent sey. Erwägt man aber noch, in welche Verlegenheiten der Verkehr durch den gemeinrechtlichen Grundsatz gebracht werden kann, so schwindet jeder Anstand gegen dessen Aenderung. Es verakkordirt z. B. Jemand die Reparatur eines Hauses, welches er zu einer bestimmten Zeit vermiethet hat, oder welches den Einsturz droht, oder er miethet oder vermiethet ein Anwesen, weil er das seinige veräußert oder ein anderes erworben hat, oder er verkauft ein Anwesen, weil er im Begriffe ist, in ein entferntes Land auszuwandern, oder er kauft eine Scheune, weil seine demnächst bevorstehende Aernte so reichlich in Aussicht steht, daß er sie außerdem nicht unterbringen kann, oder er kauft einen Getreidevorrath oder ein Waarenlager, weil er eine Lieferung in diesen Gegenständen übernommen hat. In allen diesen Fällen mußte der Gläubiger voraussetzen, daß der Schuldner rechtzeitig und vollständig erfüllen werde, weil er den Vertrag nur zu dem bestimmten Zwecke geschlossen hat. Dürfte er im Falle der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen oder gehörigen Erfüllung nicht vom Vertrage zurücktreten, und seinen Zweck durch einen Vertrag mit einem Anderen zu erreichen suchen, sondern wäre er blos berechtiget, auf Erfüllung zu klagen, nachdem inzwischen sein ganzer Zweck vereitelt wurde, so wäre er in die Lage versetzt, entweder seine ganze Absicht mit Nachtheil aufzugeben oder

denselben Vertrag mit einem Dritten zu schließen, und den ersten Vertrag später, wenn er im Prozesse obgesiegt hat, dennoch erfüllen zu lassen.

Es kann hier nicht entgegnet werden, daß er von dem säumigen Schuldner Ersatz für die Nachtheile der verspäteten Erfüllung verlangen könne; denn auch wenn derselbe die Mittel besitzt, diesen Schaden zu ersetzen, würde der Schadensersatz ihn der übrigen Verlegenheiten, in welche er durch die Aufrechthaltung des Vertrages versetzt werden kann, nicht überheben, ja er müßte sogar seinerseits erfüllen, wenn der Schuldner die ihm ganz nutzlos gewordene Erfüllung nachholt. Zu solchen Inkonvenienzen würde die starre Festhaltung des Grundsatzes führen, daß unter allen Umständen nur auf Erfüllung der Verbindlichkeit geklagt werden könne. Wird der Vertrag aus dem Grunde der Nichterfüllung von Seite eines Kontrahenten aufgelöst, so kann dieß keinen Einfluß auf die Rechte haben, die ein Dritter an Sachen erworben hat, welche diesem Kontrahenten bereits von dem anderen Theile eigenthümlich übertragen waren, weil der letztere durch diese Uebertragung Eigenthümer geworden war, und daher bei Mobilien unbedingt, bei Immobilien aber dann, wenn kein Eigenthumsvorbehalt oder keine sonstige Dispositionsbeschränkung im öffentlichen Buche eingetragen ist, jedem Dritten gegenüber vollkommen wirksam über die Sache verfügen kann. **(Art. 138.)** Es ist, was hier beiläufig bemerkt wird, durch die letztere Bestimmung der gemeinrechtliche Grundsatz, daß vor Bezahlung des Kaufpreises der Käufer nicht Eigenthümer des übergebenen Gegenstandes werde, schon hier in seiner Hauptwirkung aufgehoben.

Nebenverbindlichkeiten stehen in unzertrennbarem Zusammenhange mit der Hauptverbindlichkeit, können also auch nur mit der Klage aus der letzteren geltend gemacht werden. Dem Gläubiger muß jedoch frei stehen, die Hauptleistung anzunehmen, und sich den Anspruch auf Erfüllung der Nebenverbindlichkeit vorzubehalten, weil es ihm nicht zugemuthet werden kann, die Annahme der ersteren bis zur Entscheidung einer Klage hinsichtlich der letzteren auszuschlagen und sich so der möglichen Gefahr des Verlustes der ersteren oder wenigstens den Nachtheilen eines Aufschubes auszusetzen. **(Art. 139.)**

Die Wirkungen des Verzuges können nicht fortdauern, sobald der Anspruch des Gläubigers entweder im Ganzen befriediget oder auf sonstige Art erloschen ist. Ist also der Schuldner bereit, das Versäumte vorzunehmen und den Gläubiger wegen des bisherigen Verzuges zufrieden zu stellen, so hat er Alles gethan, was der Gläubiger fordern konnte, und wenn dieser das Anerbieten nicht annimmt, so wäre es ungerecht, den Schuldner noch weiter für die Folgen eines Verzuges haftbar zu erklären. Ebenso kann von keinem weiteren Verzuge die Rede seyn, wenn die Hauptforderung erlischt, weil von da an der Schuldner nichts mehr zu leisten hat, also auch nichts mehr hinsichtlich dieser Leistung versäumt. In diesem Falle erlöschen aber auch die schon begründeten Wirkungen des Verzuges, soferne nicht die Aufhebung in einer freiwilligen Handlung des Gläubigers z. B. in einer Entsagung ihren Grund hat, und dieser hiebei sich die Ansprüche aus dem Verzuge vorbehält. Daß einem solchen Vorbehalte diese Wirk-

ung beigelegt werden könne, ist bereits oben erörtert. Anders verhält es sich bei einer Aufhebung der Verbindlichkeit auf Grund des Gesetzes, z. B. bei der Verjährung. Denn da hier die Erlöschung nicht von dem Willen des Gläubigers abhängt, die Erlöschung der Hauptverbindlichkeit aber nothwendig die Erlöschung der Nebenverbindlichkeiten nach sich zieht, so kann auch der Gläubiger sich den durch das Gesetz vernichteten Anspruch nicht vorbehalten.

Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten kann der bereits eingetretene Verzug des einen Theiles wieder aufhören, und zwar auf Seite des Schuldners, wenn derselbe nachher erfüllen wollte, der Gläubiger aber entweder die Erfüllung nicht annimmt oder sich nicht seinerseits zur Erfüllung bereit erklärt. Hiemit gehen zwar dem Gläubiger seine Ansprüche auf die Wirkungen des früheren Verzuges des Schuldners nicht verloren, allein von der Zeit seines eigenen Verzuges an ist der Schuldner nicht mehr säumig, und dessen Verzug hört daher von diesem Zeitpunkte an auf. **(Art. 141.)**

Ebenso hört der Verzug des Schuldners auf, wenn er Stundung oder Fristen erhält, weil in diesem Falle die Verpflichtung zur Erfüllung innerhalb der Aufschubszeit aufgehoben ist. **(Art. 142.)**

Vierter Abschnitt.

Zusammentreffen mehrerer Forderungen.

Steht mehreren Gläubigern der Anspruch auf die nämliche Leistung, welche mehrmals geschehen kann, oder auf verschiedene Leistungen aus verschiedenen Rechtstiteln zu, so kann, was sich von selbst versteht und keiner besonderen Vorschrift bedarf, jeder einzelne Gläubiger diese Leistung verlangen, weil jeder für sich allein einen selbständigen Rechtstitel hiefür hat, und die nochmalige Leistung selbst ausführbar ist. Ist aber die Leistung nur einmal möglich, — z. B. wenn Jemand durch Vertrag und durch einen letzten Willen oder durch verschiedene Verträge verschiedenen Gläubigern gegenüber sein einziges Reitpferd zu geben verpflichtet ist, — so kann die Leistung auch nur Einem der Gläubiger gemacht werden, und tritt demnach in Beziehung auf die Erfüllung eine Kollision von Gleichberechtigten ein.

Hat der Verpflichtete einen der Gläubiger befriediget, so können die übrigen nach **Art. 144** nicht die Erfüllung selbst, sondern, da diese nicht mehr möglich ist, nur Ersatz verlangen, und zwar entweder volle Entschädigung nach Art. 109 und 116, oder blos den Werth der eingebüßten Leistung nach Art. 119 Abs. 2, nicht aber den entgangenen Gewinn. Ist die Erfüllung noch an keinen der Gläubiger geschehen, so richtet sich der Vorzug unter den Gleichberechtigten in Ansehung des Anspruches auf die wirkliche Leistung nach der Zeit, wo jeder der Gläubiger Klage hierauf gestellt hat, bei gleichzeitiger Klagestellung aber begründet diesen Vorzug der ältere Rechtstitel, und bei gleichem Alter des Rechtstitels und gleichzeitiger Klagestellung das Loos. **(Art. 143.)** Denn da jeder Gläubiger ohne Rücksicht auf das Alter des Rechtstitels gleichberechtiget ist, so kann zunächst der

fragliche Vorzug nur nach der Priorität der gerichtlichen Geltendmachung, und lediglich bei gleichzeitiger Klagestellung nach dem Alter des Rechtstitels, wenn aber alle diese Voraussetzungen bei jedem Gläubiger zusammentreffen, lediglich durch das Loos bestimmt werden. Aus gleichem Grunde, wie bei der schon geschehenen Erfüllung haben auch hier die ausweichenden Gläubiger Anspruch auf Ersatzleistung. **(Art. 144.)**

Drittes Hauptstück.

Uebertragung von Forderungen und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Uebertragung von Forderungen.

Der Entwurf legt der Forderung, — abweichend vom gemeinen Rechte, welches nur die Ausübung des durch die Forderung begründeten Klagerechtes durch ein mandatum in rem suam übertragen läßt, jedoch im Einklang mit dem Rechtsbedürfniß der Gegenwart und dem Postulate der neuesten Doktrin — die Eigenschaft der unmittelbaren Veräußerlichkeit bei, so daß derjenige, an welchen die Forderung übertragen wird, diese selbst erwirbt, und nicht blos zur Einklagung legitimirt wird. **(Art. 145.)**

Hiebei ist nicht zu übersehen, daß nicht das Schuldverhältniß als solches, sondern nur die hieraus fließende Forderung übertragen werden kann. Der Cessionar eines Kaufpreises wird nicht Verkäufer, der Cessionar einer aus einem Delikte begründeten Forderung nicht derjenige, gegen welchen das Delikt begangen wurde. Wenn also der Verkäufer durch den Verkauf einer Sache eine Verpflichtung gegen einen Dritten verletzt hat, so kann der hieraus begründete Anspruch nicht gegen den Cessionar des Kaufschillingsanspruchs geltend gemacht werden. Ebenso kann der Gläubiger bei einem gegenseitigen Schuldverhältnisse nur seine Forderung hieraus, nicht aber zugleich das ganze Schuldverhältniß, also auch seine Verpflichtung zur Gegenleistung durch einfache Cession mit der Wirkung übertragen, daß der andere Theil auch wider seinen Willen dadurch gebunden wird.

Wie schon oben erwähnt wurde, ist nur eine solche Forderung veräußerlich, welche nicht auf die Person des Berechtigten beschränkt ist. Dieses ist nicht nur der Fall, wenn die Forderung durch das Gesetz als eine solche erklärt ist, sondern auch dann, wenn überhaupt die Geltendmachung derselben durch einen Anderen den Schuldner widerrechtlich benachtheiligen würde. So ist z. B. die Forderung eines Gesellschafters auf Einsicht der Gesellschaftsbücher und Rechnungen, auf Auf-

lösung der Gesellschaft u. s. w., so die Forderungen auf Dienstleistungen und Alimentation, an die Person des Berechtigten ausschließlich geknüpft, ebenso die Forderung aus einem ein Gebrauchs- oder Benützungsrecht stipulirenden Vertrage, weil alle diese Rechte eine streng persönliche Beziehung haben.

Bei einigen dieser Schuldverhältnisse kann aber wenigstens die Ausübung des Rechtes einem Anderen überlassen werden, wie dieß auch bei persönlichen Gebrauchs- oder Benützungsservituten der Fall ist. Es kann die Forderung auf fällige Alimente, die Ausübung der Miethe und des Pachtes, welcher nicht Theilpacht ist, oder einer unentgeltlich eingeräumten Benützung einer Sache und dergleichen einem Anderen allerdings übertragen werden, nicht aber das Recht hierauf selbst, weil dieses bei solchen besonderen Rechtsverhältnissen die Uebertragung des Schuldverhältnisses selbst enthalten würde. **(Art. 146.)**

Die Abtretung einer Nebenforderung ist, soferne die letztere noch nicht fällig nur in Verbindung mit der Abtretung der Hauptforderung zulässig, weil sie als solche noch kein von der ersteren trennbares Rechtsobjekt bildet. Sind aber solche Nebenleistungen bereits fällig, so bilden sie für sich bestehende Objekte, und es kann daher ihre Geltendmachung auch durch einen Anderen geschehen, soferne sie nicht solche sind, welche nach Art. 139 nur in Verbindung mit der Hauptklage selbst gefordert werden können. Diese letzteren Nebenverbindlichkeiten sind daher nach Maßgabe jenes Art. 139 nur dann abtretbar, wenn der Gläubiger die Hauptleistung angenommen und sich dabei den Anspruch auf die Nebenleistung vorbehalten hat. **(Art. 147.)**

Die in Ansehung der persönlichen Verhältnisse des Erwerbers einer Forderung eintretende Unzulässigkeit der Uebertragung **(Art. 148)** ist bereits im Gesetze vom 22. Februar 1855 (die Aufhebung der lex Anastas. u. s. w. betr.) ausgesprochen und hier nur mit der nothwendig gewordenen Ausdehnung auf Notare und Staatsanwälte des betreffenden Gerichtsbezirkes wiederholt.

Die Uebertragung der Forderung hinsichtlich ihrer Wirkungen gegenüber dem Schuldner ist wohl zu unterscheiden von dem Rechtsgeschäfte, durch welches die Uebertragung an den Cessionar bewirkt wird. Dieses Rechtsgeschäft kann ein Kauf, ein Tausch, eine Schenkung unter Lebenden, eine Theilung oder ein Vermächtniß und dergleichen seyn. Die für diese Rechtsgeschäfte erforderliche Form ist daher auch zur Giltigkeit der Uebertragung nothwendig. Dem Schuldner, dem Bürgen und dritten Personen kann aber das Gesetz nicht zumuthen, die Uebertragung auf die bloße mündliche oder in einer Privaturkunde bewirkte Abschließung des Geschäftes oder auf eine an sie gemachte Mittheilung ähnlicher Art anzuerkennen, weil ihnen hiedurch kein vollkommen sicherer Anhaltspunkt zur Beurtheilung gegeben ist, ob die Uebertragung wirklich und giltig geschehen sey. **(Art. 150.)**

Anders verhält sich die Sache bei Abtretung von Forderungen, deren Geltendmachung durch den Besitz einer Schuldurkunde bedingt ist, wie bei den Werthpapieren au porteur. Bei diesen bedingt der Verkehr die Uebergabe dieser Papiere, und das Gesetz erkennt die Besitzer derselben und nur diese als die berechtigten Gläubiger an, folglich ist auch die Uebertragung nur durch diese Uebergabe mög-

lich. Hieraus folgt zugleich, daß der Besitzer einer solchen Urkunde schon durch diesen Besitz nicht blos dem Schuldner, sondern auch jedem Dritten gegenüber zur Geltendmachung legitimirt ist. **(Art. 152.)**

So lange der Schuldner keine Kenntniß von der Uebertragung der Forderung erhält, kann er an den ursprünglichen Gläubiger giltig zahlen, da seine Verbindlichkeit nur diesem gegenüber begründet war. Hat er aber Kenntniß von der Uebertragung der Forderung erhalten, so weiß er, daß die Rechte des Gläubigers auf einen Anderen übergegangen sind, und er würde von da an durch Zahlung an den letzteren arglistig gegen den neuen Gläubiger handeln, und kann daher diesem gegenüber von seiner Verbindlichkeit nicht befreit werden. **(Art. 151.)**

Bei den im Art. 152 bezeichneten Forderungen darf dagegen der Schuldner nur an den Besitzer der Schuldurkunde zahlen; wenn also der ursprüngliche Gläubiger nicht in diesem Besitze ist, so gilt er, selbst wenn er sie nicht durch einen freiwilligen Akt übertragen hat, nicht mehr als der berechtigte Gläubiger; ebenso gilt derjenige, dem der frühere wirkliche Besitzer eine besondere Uebertragungsurkunde ausstellt, nicht als der Gläubiger, da ja der nunmehrige wirkliche Besitzer allein die Eigenschaft und die Rechte eines solchen hat. Auf diese Forderung findet daher die Bestimmung des Art. 151 keine Anwendung. **(Art. 152 Abs. 2).**

Die Verpflichtungen des abtretenden Gläubigers gegenüber dem Cessionar, wie sie in den **Art. 153 u. 154** vorgeschrieben sind, folgen von selbst aus dem Rechtsverhältnisse dieser Personen. Ist die Uebertragung durch einen entgeltlichen Rechtstitel, durch Kauf oder Tausch oder Hingabe an Zahlungsstatt oder durch Theilung bewirkt, so findet überall die Pflicht zur Gewährleistung wegen Entwährung statt. Was daher beim Kaufe über diese Gewährleistung verordnet ist, gilt im Allgemeinen auch hier. Dagegen versteht es sich, nach den speziellen Bestimmungen des Art. 102 Th. I. des Entwurfes von selbst, daß, wenn die Uebertragung mittelst einer Schenkung geschieht, eine Gewährleistung im Allgemeinen nicht stattfindet und nur dann ausnahmsweise begründet ist, wenn die im allegirten Artikel angeführten Voraussetzungen gegeben sind. Was insbesondere die Gleichstellung der Hauptpflicht des Cedenten mit jener des Käufers in Ansehung der Einbringlichkeit der veräußerten Forderung betrifft, so ist hier kein Grund gegeben, die Haftpflicht des ersteren im Allgemeinen zu erweitern, da die entgeltliche Cession eben so wie der Kauf ein gegenseitiges Veräußerungsgeschäft ist. Eine erweiterte Haftungspflicht des Cedenten, — auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, — tritt ein, wenn ihm eine Arglist bei dem Vertragsabschlusse zur Last fällt, sowie bei einigen Rechtsgeschäften, deren besondere Natur eine solche Ausnahme gebietet, wie bei dem Gesellschaftsvertrage (Art. 545) und bei der zufälligen Gemeinschaft (Art. 608). Im Zweifel, wenn nemlich nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, kann aber diese erweiterte Haftung nur für die Einbringlichkeit der Forderung zur Zeit der Uebertragung gelten, weil eine spätere Uneinbringlichkeit ein Zufall ist, welchen der nun Berechtigte zu tragen hat.

Aus der vom Entwurfe statuirten Veräußerlichkeit des Forderungsrechtes

als solchen folgt die Bestimmung des **Art. 155 Abs. 1** von selbst. Die mit einer Forderung verbundenen Vorzugsrechte, namentlich nicht nur wirklich bestellte Pfandrechte, sondern auch Hypothekentitel und Privilegien im Konkurse, sowie die durch die Bestimmung des Art. 143 begründeten Vorzugsrechte sind Accessorien der Forderung und gehen mit dieser auf den neuen Gläubiger über. Dagegen kommen andere Vorzugsrechte, wie sie im **Art. 155 Abs. 2** bezeichnet sind, z. B. Ansprüche auf Kompetenz u. dergl. dem neuen Gläubiger nicht zu statten, weil sie keine mit der Forderung selbst verbundene Zugehörungen derselben sind.

Der ursprüngliche Gläubiger kann durch die Uebertragung die durch das Schuldverhältniß begründete Verbindlichkeit des Schuldners nicht ändern, also ihm auch nicht jene Einreden entziehen, welche ihm bis zur Erlangung der Kenntniß von dieser Uebertragung gegen den ersteren zustanden. Der neue Gläubiger kann die Forderung nur dann und so erwerben, wenn und wie sie dem ersteren zugehörte. Alle gegen die Forderung selbst begründeten Einreden bleiben daher nothwendig bis zu jenem Zeitpunkte aufrecht. Es versteht sich von selbst, daß der Schuldner auch jene Einreden habe, welche aus der Beschaffenheit des Uebertragungsgeschäftes hervorgehen, da, wenn dasselbe ungiltig oder nur unter Bedingungen oder nach Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes wirksam ist, der neue Gläubiger kein oder nur ein bedingtes oder betagtes Recht gegen den Schuldner erworben hat. Alles dieses kann indessen bei den im Art. 152 bezeichneten Forderungen aus obigen Gründen nicht zur Anwendung kommen. **(Art. 156).**

Die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches modifizirt übrigens zum Theile die in den Art. 155 und 156 enthaltenen Vorschriften, wie dies aus einer Vergleichung des §. 26 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 (welches in diesem Punkte in dem das Pfandrecht betreffenden Theile des Entwurfes wohl keine Aenderung erleiden dürfte) hervorgeht; jene Vorschriften können daher nur gelten, wo es sich um Forderungen handelt, welche nicht im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen sind. **(Art. 157).**

In vielen Rechtsverhältnissen überträgt schon das Gesetz die einer Person zustehenden Forderungen auf einen Dritten, ohne daß es eines Cessionsaktes zwischen dem bisherigen Forderungsberechtigten und dem Dritten bedarf, z. B. in den Fällen der Art. 448. 666. 695. Auf diese gesetzlichen Cessionen finden nur einzelne für die freiwillige Uebertragung gegebene Vorschriften, wie sie im Art. 158 aufgezählt sind, vermöge der Gleichheit der Verhältnisse und des legislativen Grundes ebenfalls Anwendung.

Zweite Abtheilung.

Schuldübernahme.

Es gehört zu den gangbarsten Rechtsgeschäften, daß ein Dritter in ein bestehendes Schuldverhältniß als neuer Schuldner eintritt, ohne daß nach der Meinung der Kontrahenten der Bestand des Schuldverhältnisses seinem Rechtstitel oder

Inhalte nach geändert werden soll, während eben so entschieden die Absicht obwaltet, daß der bisherige Schuldner von seiner Verbindlichkeit gänzlich entbunden werden soll (Singularsuccession in die Schuld). — Ein solches Rechtsgeschäft ist daher auch sowohl von der bloßen Assignation als auch von der Delegation und Expromission seinem ganzen Wesen nach verschieden.

Man hat demselben in der neueren Zeit die technische Bezeichnung: „Schuldübernahme" beigelegt, und mit Recht. Denn die bisherige Bezeichnung als Delegation und Expromission, (Rechtshandlungen, durch welche die bestehende Schuld zerstört, und von dem Delegirten oder Expromittenten eine neue an deren Stelle kontrahirt wird) ist unpassend. Eine solche Schuldübernahme ist sehr gewöhnlich bei Kaufgeschäften; insbesondere werden die auf dem Kaufobjekte hypothekarisch versicherten Schulden sehr häufig ganz oder theilweise von den Käufern übernommen. Ebenso kömmt nicht selten eine Schuldübernahme vor bei Vermögensübergaben, bei der Veräußerung kaufmännischer Etablissements und industrieller Anstalten, bei Auseinandersetzung von Erbschaftsmassen und anderen Gemeinschaften. Sie ist dem Verkehre unentbehrlich. Dennoch kennt weder das gemeine Recht noch die neueren und neuesten Partikulargesetzgebungen ein solches Rechtsinstitut, und es ist schwer, dasselbe in die Begriffe und Grundsätze des bestehenden Rechtes einzupassen, selbst wenn man die älteren Ansichten über die Unübertragbarkeit des obligatorischen Verbandes gänzlich bei Seite läßt. Die Wissenschaft hat sich in der neuesten Zeit mit anerkennungswürdigem Eifer bemüht, diese Lücke auszufüllen und die Rechtsgiltigkeit, sowie die Wirkungen solcher Verträge zu entwickeln. Inwieweit diese Bemühungen, deren Resultate zum Theile auseinandergehen, gelungen seyn mögen, ist für den legislativen Standpunkt ohne Belang. Hier muß es genügen, daß die Verhältnisse des Verkehres diese Rechtsgeschäfte nothwendig gemacht haben, um für die Gesetzgebung die Anforderung einer zweckmäßigen, gerechten Ordnung des Gegenstandes zu begründen. Diese Anforderung erscheint um so dringender, wenn erwogen wird, welche Schwierigkeiten das bestehende Recht bei der Würdigung jener Rechtsgeschäfte darbietet, und wie wenig bei der Abschließung derselben gewöhnlich darauf Bedacht genommen wird, die Wirksamkeit des Vertrages und insbesondere die beabsichtigte Liberation des bisherigen Schuldners ausreichend zu sichern und zu verhindern, daß der Gläubiger auf ihn zurückgreife, wenn der Schuldübernehmer in Vermögensverfall geräth, oder die verhypothezirten Liegenschaften in Folge schlechter Bewirthschaftung keinen hinlänglichen Erlös ergeben.

Diesen Erwägungen entsprechend wurde die Schuldübernahme als eigenthümliches Rechtsinstitut in das Gesetzbuch aufgenommen. Es sind hiebei folgende Punkte ins Auge zu fassen:

1) Das Verhältniß zwischen dem austretenden Schuldner und dem Schuldübernehmer bietet keine Schwierigkeit dar. Dieser wird durch den Vertrag verpflichtet, die Befreiung des ersteren von seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber zu bewirken. **(Art. 159.)**

2) Für den Gläubiger ist in der Freigebung seines Schuldners ein Verzicht enthal-

ten, welcher, nach allgemeinen auch in dem Entwurfe anerkannten Grundsätzen, einer strengen Auslegung unterliegt. Das praktische Bedürfniß erfordert indessen, daß hierin nicht zu ängstlich verfahren werde. Der Gläubiger muß von der getroffenen Verabredung in Kenntniß gesetzt werden, und hat nun die Wahl, ob er derselben nach ihrem ganzen Inhalte beitreten oder auf dem bisherigen Verhältnisse bestehen will. Daß ihm neben dem alten Schuldner ein neuer erwachse, wie mitunter angenommen worden ist, würde der Absicht und dem Zwecke des Rechtsgeschäftes offenbar zuwiderlaufen. Man kann daher ohne Unbilligkeit verlangen, daß er durch seine Handlungsweise über die getroffene Wahl keinem Zweifel Raum gebe.

Die Anstellung einer auf die Schuldübernahme gegründeten Klage gegen den neuen Schuldner schließt den Beitritt zu der Schuldübernahme klar in sich, eben so die Bewilligung von Zahlungsfristen oder Nachlässen. Aber auch bei dem Empfange von Zahlungen, welche in Folge der Schuldübernahme von dem neu eintretenden Schuldner geleistet werden, darf sich der Gläubiger, nachdem er in Kenntniß gesetzt ist, in welchem Sinne die Zahlung geleistet wird, keiner Zweideutigkeit schuldig machen. Er muß sich bestimmt erklären, wenn er auf das beabsichtigte neue Schuldverhältniß nicht einzugehen gedenkt. **(Art. 160.)**

3) Mit besonderer Vorsicht muß hier das Verhältniß der bei der Schuld betheiligten Dritten geordnet werden. Sie dürfen ohne ihr Zuthun durch die Schuldübernahme nicht benachtheiliget werden. Der Bürge hat sich für die Schuld unter wohlerwogener Berücksichtigung der Vermögensumstände des Hauptschuldners und seiner eigenen Verhältnisse zu demselben verpflichtet; es kann von den Kontrahenten nicht abhängen, daß er für einen anderen Schuldner haften soll, während der ursprüngliche aus dem Schuldverhältnisse austritt. Aehnliche Rücksichten kommen häufig bei dem Erwerbe eines mit Pfandrechten belasteten Gegenstandes in Betracht. — Die Wirksamkeit der Schuldübernahme gegen solche Dritte muß daher von ihrer ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen an den Tag gelegten Zustimmung abhängig gemacht werden. **(Art. 163 Abs. 1.)**

4) Anders verhält es sich mit den Pfandrechten, welche vor der Schuldübernahme auf dem Vermögen des Schuldners bestellt waren. Die desfalls im **Art. 163 Abs. 2** gegebenen Bestimmungen entsprechen der muthmaßlichen Absicht der Kontrahenten, welche bei diesen Rechtsgeschäften durchgängig angenommen werden kann.

Viertes Hauptstück.

Aufhebung der Schuldverhältnisse.

Erste Abtheilung.

Erfüllung.

Ist eine Verbindlichkeit vollständig und gehörig erfüllt (Zahlung), so ist sie aufgehoben, weil ihr Zweck erreicht ist. **(Art. 164.)** Die Zahlung liegt zunächst dem Schuldner ob, kann aber mit obiger Wirkung auch durch irgend einen berechtigten Stellvertreter und selbst durch einen Dritten geschehen, wenn der Schuldner einwilliget, und die Leistung nach ihrer Beschaffenheit durch den Stellvertreter oder den Dritten gehörig geschehen kann. Unter diesen Voraussetzungen muß der Gläubiger die Zahlung von diesen anderen Personen annehmen, weil sie als Beauftragte des Schuldners erscheinen. Willigt der Schuldner in eine Zahlung durch einen Dritten, welcher kein Stellvertreter desselben ist, nicht ein, so braucht der Gläubiger diese Zahlung nicht anzunehmen, weil er mit dem Dritten in keinem Obligationsverhältnisse steht. Nimmt er aber die Erfüllung dennoch an, so ist das Schuldverhältniß gerade so aufgehoben, als wenn der Schuldner selbst erfüllt hätte, weil nichts mehr von diesem zu leisten ist. **(Art. 165.)**

Die Vorschriften der **Art. 166—168** über die Voraussetzungen der Giltigkeit der Erfüllung auf Seite des Schuldners und Gläubigers sind nothwendige Folgesätze der Art. 3, 4 und 10 Thl. I des Entwurfes.

Hat der Zahlende mehrere gleichartige Schulden an den Gläubiger zu berichtigen, so muß dem ersteren, wenn er sie nicht alle berichtiget sondern nur eine theilweise Zahlung bewerkstelliget, die Wahl zustehen, welche er tilgen will, selbst wenn alle Forderungen fällig sind, da der Gläubiger zwar das Recht hat, die Zahlung aller Forderungen zu verlangen, den Schuldner aber nicht nöthigen kann, diese oder jene Schuld zuerst zu tilgen.

Nur wenn ein verzinsliches Kapital geschuldet wird, ist die Genehmigung des Gläubigers zur Aufrechnung auf das Kapital erforderlich. Die Zinsen repräsentiren den Nutzgenuß — die Früchte — des Kapitals; der Gläubiger hat Anspruch darauf, daß sie ihm in den festgesetzten Zeitabschnitten entrichtet werden, er braucht sich daher nicht gefallen zu lassen, daß jenes Verhältniß umgekehrt, und durch Anrechnung der Zahlung auf das Kapital, — mit Ausstand der fälligen Zinsen, — ihm der Vortheil der Verzinslichkeit der Hauptforderung entzogen werde. Fehlt es bei einer Zahlung an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung über die berichtigte Schuld, so müssen zuerst die Zinsen als getilgt gelten; sind alle Schulden bereits fällig, so streitet die Vermuthung dafür, daß der Schuldner die lästigere, bei gleich lästigen Schulden die ältere, und bei gleichem Alter jede pro rata habe tilgen wollen. **(Art. 169 u. 170.)**

Um den Schuldner, welcher seine Verpflichtungen erfüllt hat, gegen noch-

malige Anforderung des Gläubigers und namentlich seiner Erben sicher zu stellen, muß ihm das Gesetz das Recht einräumen, eine alle wesentlichen (einflußreichen) Verhältnisse enthaltende Quittung über die Zahlung zu verlangen. **(Art. 171.)** Wird diese nicht sogleich bei der Zahlung in beweiskräftiger Art ausgestellt, so folgt aus der Nichterfüllung der dem Gläubiger obliegenden Pflicht, daß der Schuldner die Zahlung selbst verweigern oder bei Gericht bewerkstelligen könne. Da übrigens der Schuldner das ausschließende Interesse an der Ausstellung der Quittung hat, so liegt ihm auch ob, die Kosten hiefür zu bestreiten. Hat der Gläubiger dem Schuldner die Quittung ohne Vorbehalt ausgehändigt, so hat dieselbe von der Zeit ihrer Aushändigung an als solche Beweiskraft. Die durch Gesetz vom 26. März 1859 über die Einrede des nicht gezahlten Geldes u. s. w. bereits ausgesprochene Aufhebung der exceptio non numeratae pecuniae Quittungen gegenüber hat durch **Art. 172** einen bestättigenden Ausdruck gefunden.

Da der Gläubiger nicht schuldig ist, die Zahlung des Kapitals vor den Zinsen anzunehmen, so begründet das Bekenntniß, das Kapital erhalten zu haben, von selbst die Vermuthung der früher schon erfolgten Zahlung der Zinsen. **(Art. 173.)** Da ferner periodische Leistungen, welche auf dem nemlichen Rechtstitel beruhen, z. B. Alimente, Annuitäten, Gehaltsbezüge u. dgl. für spätere Termine in der Regel nicht geleistet werden, bevor die früher fälligen berichtiget sind, so tritt, wenn über die Leistung für zwei später fällige Perioden quittirt ist, die Vermuthung der Zahlung der früher fällig gewesenen Leistungen ein. Der Quittirung der Leistung für nur Eine spätere Periode kann jedoch diese Wirkung nicht beigelegt werden, weil hier eine Vergessenheit oder Sorglosigkeit in Mitte liegen kann, was bei mehrmaliger Quittirung nicht vorauszusetzen ist. Die Quittirung muß aber jene Vermuthung selbst ohne Wiederholung zur Folge haben, wenn es sich um Leistungen handelt, über welche Gläubiger und Schuldner periodisch abzurechnen pflegen, weil hier eine Vergessenheit oder ein Versehen nicht wohl denkbar ist. **(Art. 174.)**

Daß der Schuldner, wenn über die Forderung des Gläubigers eine Schuldurkunde besteht, die Rückgabe derselben verlangen könne, ergiebt sich aus der Erwägung, daß die Ausstellung der Urkunde nur den Beweis der Schuld bezweckt hatte, und daß dieser Zweck mit der Zahlung weggefallen ist, daß nebstdem dem Schuldner Verlegenheiten bereitet werden könnten, wenn er den Schuldschein noch nachher in den Händen des Gläubigers belassen müßte. **(Art. 175.)** Deshalb muß ihm, wenn der Schuldschein selbst verloren gegangen ist, freistehen, eine Kraftloserklärung zu verlangen, und zwar wegen der in der Person des Gläubigers liegenden Veranlassung des Verlustes auf dessen Kosten. **(Art. 176.)**

Wenn in der Person des Gläubigers ein Hinderniß gegen die rechtzeitige und gehörige oder wenigstens gegen die sichere Erfüllung der Verbindlichkeit eintritt, so muß das Gesetz dem Schuldner das Mittel gewähren, sich von jener Verbindlichkeit zu befreien. Dieses Mittel ist nach alten und neuen Gesetzgebungen die gerichtliche Hinterlegung, oder soferne eine solche nach Beschaffenheit des Gegenstandes nicht geschehen kann, die gerichtliche Beschlagnahme und bei beweglichen

nicht aufbewahrungsfähigen Sachen die sofortige Veräußerung mit Hinterlegung des Erlöses. Diese Maßnahmen erfolgen aus Schuld des Gläubigers, es ist daher billig, daß hinsichtlich der Bestimmung der Gerichtszuständigkeit vorzügliche Rücksicht auf das Interesse des Schuldners genommen werde. **(Art. 177 Abs. 1.)** Da die Hinterlegung oder Beschlagnahme die Zahlung vertritt, so erlischt dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners, vorausgesetzt, daß in jenen Handlungen sowohl in Ansehung des Gegenstandes der Verbindlichkeit als der gesetzlichen Voraussetzungen dieser Zahlungsart kein Mangel besteht. Ebenso geht, wenn der Schuldner vorher nicht im Verzuge war, die Gefahr der Sache auf den Gläubiger über, was schon aus Art. 131 folgt. **(Art. 178.)**

So lange der Gläubiger selbst die Sache nicht erhalten hat und eine für die Forderung bestellte Hypothek nicht gelöscht, oder die dafür hinterlegte Kaution nicht zurückgegeben ist, kann der Schuldner sie wieder zurücknehmen, weil die Tilgung der Verbindlichkeit vorher ohne Einwilligung des Gläubigers, also ohne daß derselbe ein fortdauerndes Recht hierauf erlangt hat, geschehen ist. War in Folge der Hinterlegung oder Beschlagnahme und beziehungsweise der hiedurch eingetretenen Aufhebung der Verbindlichkeit eine für die Forderung eingetragene Hypothek gelöscht oder eine hinterlegte Kaution zurückgegeben, die Sache selbst aber dem Gläubiger noch nicht ausgeliefert worden, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner die Sache erst dann wieder zürücknehmen könne, wenn er die Hypothek mit demselben Range und derselben Sicherheit, wie sie früher bestand, wieder hat eintragen lassen, oder die Kaution zurückgegeben hat, weil er nicht berechtiget ist, die Lage des Gläubigers zu verschlimmern, der Anspruch hierauf sowie auf die Caution aber zu dem Umfange der Forderung gehört, und daher wieder auflebt, wenn die Tilgung der Schuld unwirksam wird. Kann der Schuldner die Sicherheit in jener Weise nicht wieder herstellen, weil er das Kautions- oder Hypothekenobjekt inzwischen veräußert oder andere Hypotheken hat eintragen lassen, so fällt nothwendig auch die Befugniß, die hinterlegte oder sequestrirte Sache zurückzunehmen, hinweg, weil er die Bedingung, an welche das Gesetz diese Befugniß knüpft, nicht erfüllen kann. Zu dem Umfange der im Falle solcher Zurücknahme wieder auflebenden Verbindlichkeit gehören auch die Bürgschaften als accessorische Rechte der Forderung. **(Art. 179.)**

Da der Gläubiger die Schuld trägt, daß der Schuldner die Erfüllung nicht in gewöhnlicher Weise erfüllen kann, so muß er die Kosten der Hinterlegung oder Beschlagnahme tragen. Nimmt aber der Schuldner die Sache zurück, so kann er von dem Gläubiger den Ersatz jener Kosten nicht verlangen, weil in diesem Falle die Tilgung der Forderung aus Veranlassung des Schuldners selbst wieder unwirksam wird. **(Art. 180.)**

Zweite Abtheilung.

Aufrechnung.

Hat der Schuldner eine Gegenforderung an den Gläubiger, durch welche die Forderung des letzteren sich ausgleicht, so kann die Tilgung der Schuld durch Aufrechnung jener Gegenforderung geschehen, soferne die Beschaffenheit des Gegenstandes beider Forderungen dieß zuläßt und die Gegenforderung bereits fällig ist. Denn durch eine solche Ausgleichung wird die Nothwendigkeit beseitiget, daß der Gläubiger dem Schuldner dasjenige, was dieser ihm leistet, wieder zurückgibt. Das Gesetz räumt daher dem Schuldner das Recht ein, seine Verbindlichkeit durch Aufrechnung der ihm selbst zustehenden Gegenforderung ganz oder theilweise zu tilgen, und erklärt eine solche Tilgung, sowie auch eine durch Vereinbarung der Betheiligten bewirkte Aufrechnung als eine Art der Aufhebung der Verbindlichkeit. **(Art. 181.)**

Die Kompensation tritt nicht Kraft des Gesetzes, sondern nur dann ein, wenn die Betheiligten sie vertragsmäßig festsetzen, oder der Schuldner sie ausdrücklich in Anspruch nimmt, da es in seinem Interesse liegen kann, daß er die Forderung des Gläubigers auf andere Weise tilge, auch Forderung und Gegenforderung ganz wohl neben einander bestehen können. **(Art. 182.)** Die vertragsmäßige Aufrechnung (compensatio voluntaria) richtet sich nach den Bestimmungen der Uebereinkunft, und ist an die Voraussetzungen und Beschränkungen der dem Schuldner unabhängig von der Zustimmung des Gläubigers gestatteten Aufrechnung (compensatio necessaria) nicht gebunden, kömmt daher hier gar nicht in Betracht.

Damit nun aber eine Aufrechnung stattfinden könne, müssen die aufzurechnenden Forderungen den Personen, zwischen welchen sie eintreten soll, gegenseitig zustehen, auch darf ein rechtliches Hinderniß der Aufhebung eines Forderungsrechtes nicht vorhanden seyn; die Forderungen selbst müssen eine Aufrechnung nach ihrer Beschaffenheit und ihren Rechtsverhältnissen zulassen.

Was genauer

1) die Person der Betheiligten betrifft, so muß die Forderung, welche durch Aufrechnung getilgt werden soll, dem Gläubiger gegen den Schuldner und die Gegenforderung, womit die Tilgung durch Aufrechnung bezweckt wird, dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehen, da außerdem der Gläubiger keine Befriedigung erhält. Hierbei sind jedoch folgende zwei Fälle besonders in Betrachtung zu ziehen:

a) Wenn die Forderung des Gläubigers eine abgetretene ist, so ist der Schuldner berechtiget, die ihm gegen den Cedenten zustehende Gegenforderung auch gegen den neuen Gläubiger geltend zu machen, denn dieser erscheint hier nur als Repräsentant des ursprünglichen Gläubigers. Hierbei wird aber nothwendig vorausgesetzt, daß die Gegenforderung nicht später entstanden sey, als der Schuldner von der Cession Kenntniß erhielt, weil er von dieser Zeit an nicht befugt ist, dem früheren Gläubiger Zahlung zu

leisten, folglich auch seine Schuld nicht durch Aufrechnung mit einer später gegen denselben begründeten Gegenforderung tilgen kann. **(Art. 191.)**

b) Der Bürge leistet durch seine Nebenverpflichtung dem Gläubiger nur Sicherheit für die Tilgung der Forderung. Steht nun dem Schuldner eine aufrechnungsfähige Gegenforderung zu, so hat der Gläubiger die Befriedigung schon in Händen, und es ist mit der Verwirklichung der Aufrechnung der Zweck der Bürgschaft hinweggefallen, sohin die Befugniß des Bürgen begründet, durch Geltendmachung der Compensation jene Wirkung herbeizuführen. Dagegen kann der Hauptschuldner dasjenige, was der Gläubiger dem Bürgen schuldet, nicht zur Aufrechnung benützen, weil der Bürge nicht dem Hauptschuldner, sondern nur dem Gläubiger gegenüber, und nur, wenn dieser es verlangt, verbunden ist, dem letzteren Zahlung zu leisten, sohin der Hauptschuldner kein Recht hat, diese Zahlung durch den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Der Bürge müßte aber, ohne von dem Gläubiger belangt zu seyn, durch eine solche Compensation jene Zahlung leisten. **(Art. 192.)**

Besteht ein rechtliches Hinderniß gegen die Zahlung der Gegenforderung, namentlich in Folge einer gerichtlichen Beschlagnahme, so kann begreiflich auch keine Aufrechnung stattfinden, da sie die Wirkung der Zahlung hat. **(Art. 186.)**

2) Nur Geld oder sonstige vertretbare Sachen derselben Art und Beschaffenheit lassen sich aufrechnen, weil Niemand schuldig ist, einen Gegenstand von anderer Art und Beschaffenheit, als welche dem Schuldverhältnisse entspricht, als Zahlung anzunehmen. Auch ist es nothwendig, daß die zur Aufrechnung bestimmten Forderungen in gleicher Art fällig seyen, weil Niemand schuldig ist, eine nicht fällige Schuld zu entrichten, folglich auch diese Entrichtung nicht im Wege der Aufrechnung dem Schuldner aufgenöthigt werden darf. (Art. 181.) Eine Forderung, welche bereits fällig, jedoch vom Gläubiger gestundet ist, kann zur Aufrechnung benützt werden, weil hier kein in dem Rechtsverhältnisse der Forderung selbst gegründetes Hinderniß dem Verlangen der Zahlung entgegen steht, und in dem Falle, wenn der Schuldner, welchem von seinem Gläubiger eine solche Nachsicht ertheilt wurde, gegen diesen auf Zahlung seiner eigenen Forderung an denselben dringt, das Motiv und die Voraussetzung der Nachsicht des letzteren hinwegfällt. **(Art. 189.)** Auch die Verschiedenheit der Erfüllungsorte kann kein Hinderniß der Aufrechnung begründen, nur versteht es sich von selbst, daß, wenn der klagende Gläubiger ein Interesse dabei hat, daß seine Forderung an einem bestimmten Orte gezahlt werde, derselbe den Ersatz dessen, was ihm durch die in Folge der Anrechnung bewerkstelligte Zahlung an einem andern Orte entgeht, von dem kompensirenden Schuldner verlangen könne. **(Art. 190.)**

Eine andere Frage ist es, ob, wenn die Forderung des klagenden Gläubigers liquid ist, eine illiquide Gegenforderung zur Aufrechnung benützt, d. h. ob auf den

Grund einer solchen der Klage die Einrede der Compensation entgegengesetzt werden könne. Nach gemeinem Rechte ist bekanntlich diese Frage streitig. Der Entwurf ist der in der Praxis bisher fast allgemein angenommenen Regel gefolgt, daß es auf die Prozeßart, in welcher die Forderung des Klägers geltend gemacht wird, sowie abgesehen hievon auf die Möglichkeit einer Benachtheiligung des Gläubigers, gegen welchen compensirt werden will, ankomme. Denn im Allgemeinen ist die Einrede der Kompensation eine peremtorische Einrede wie jede andere, namentlich wie jene der Zahlung auch, deren Zweck und Wirkungen sie hat. So wenig nun im ordentlichen Prozesse die illiquide Einrede der Zahlung deshalb unzulässig ist, weil die Klage liquid ist, ebenso wenig kann im Allgemeinen die Einrede der Kompensation gegen eine liquide Forderung wegen der Illiquidität der Gegenforderung unstatthaft seyn. Anders verhält es sich bei jenen Prozeßarten, in welchen jede Einrede sofort liquid seyn muß, um geltend gemacht werden zu können; denn hier theilt die Einrede der Kompensation das Schicksal jeder anderen, und es ist daher die Unstatthaftigkeit ihrer Geltendmachung nicht eine Folge ihrer besonderen Natur, sondern des Zweckes der Prozeßart. Würde jedoch selbst im ordentlichen Prozesse die Zulassung der illiquiden Einrede der Kompensation gegen die bereits feststehende oder doch glaubhaft dargelegte Forderung unbillige Verzögerung in der Zuerkennung des Klaganspruches herbeiführen, was nach der Beschaffenheit der Gegenforderung und dem Grade ihrer Illiquidität zu beurtheilen ist, so wäre es ungerecht, den Gläubiger der wenigstens wahrscheinlich gemachten Forderung den Nachtheilen einer verzögerten Befriedigung auszusetzen. **(Art. 185.)** Darauf, ob die Gegenforderung mit der Forderung conner sey oder nicht, kann es begreiflich nicht ankommen, weil in einem wie im anderen Falle der Grund der Kompensation, nämlich daß der Gläubiger seine Befriedigung schon in Händen hat, vorhanden ist.

Uebrigens sind einzelne Ausnahmen von der Zulässigkeit der Aufrechnung durch höhere Rücksichten geboten, namentlich durch die Unaufhaltbarkeit gewisser Forderungen **(Art. 188)** und die finanzielle Ordnung der Staats- und Gemeinde-Kassen. **(Art. 187.)**

Schon oben wurde erörtert, daß die Aufrechnung nicht ipso jure eintrete, sondern von dem Willen des Schuldners abhänge. Es kann daher auch aus der Unterlassung derselben, selbst wenn sie öfters stattgefunden hat, auf eine Tilgung der aufrechnungsfähigen Forderung ebenso wenig wie auf einen Nachlaß derselben geschlossen werden. **(Art. 193.)**

Da die Aufrechnung eine Art der Zahlung ist, so muß sie auch, wenn sie mit Erfolg geltend gemacht wird, die Wirkung der Aufhebung der wechselseitigen Forderungen, soweit sie sich ausgleichen, haben, und zwar von der Zeit an, wo sie sich aufrechnungsfähig gegenüberstanden, weil in diesem Momente schon der Gläubiger seine Zahlung in Händen hatte. **(Art. 183.)** Es kann zwar dieser letztere Umstand allein die wirkliche Zahlung nicht begründen, weil die Kompensation ohne den Willen des Schuldners nicht eintritt; allein, wenn dieser sie geltend macht, so erklärt er hiemit, daß die faktische Ausgleichung, welche schon zur

Zeit der Entstehung der Wechselseitigkeit der Forderungen eingetreten war, auch rechtlich wirksam seyn solle, was natürlich auf die Zeit der Ausgleichung von Einfluß ist. Diese Wirkung ist von erheblicher praktischer Bedeutung, weil z. B. von dem Augenblicke an, wo sich Forderung und Gegenforderung gegenüberstehen, auch der Zinsenlauf aufhört, folglich der Schuldner, wenn die Forderung des Gläubigers unverzinslich, seine Gegenforderung aber verzinslich war, vom Momente der Ausgleichung an keine Zinsen mehr anrechnen kann.

Die Verwerfung der Einrede der Aufrechnung kann, wenn nur die Unzuläßigkeit derselben der Grund der Verwerfung ist, den Verlust der Gegenforderung selbst nicht zur Folge haben, weil hier der Richter nicht ausspricht, daß sie selbst ungegründet sey, sondern nur daß durch sie nicht gezahlt werden könne. Liegt aber der Grund der Verwerfung in dem Mangel der Begründung der Forderung, so ist zugleich über das Forderungsrecht entschieden, und es kann daher dieselbe nicht mehr geltend gemacht werden. **(Art. 194.)**

Eine besondere Art der vertragsmäßigen Kompensation bildet die Festsetzung des Bestandes mehrerer gegenseitiger Ansprüche durch Abrechnung. Wird über eine solche Abrechnung eine Urkunde ausgestellt, so enthält dieselbe hinsichtlich des dem einen oder andern Theile zu gute kommenden Saldo, sowie der durch die Abrechnung als getilgt erklärten Schuldposten eine Anerkennung, und zwar in ersterer Beziehung des Saldo, in der zweiten der Tilgung. Eine solche Urkunde hat mithin die im Art. 21 und 212 einer einseitigen Anerkennung beigelegte Wirkungen. **(Art. 195.)** Da die wechselseitigen Forderungen an sich selbständig sind, und die wechselseitige Anerkennung der That nach hinsichtlich dieser verschiedenen Forderungen verschiedene selbständige Rechtsgeschäfte enthält, so kann die von dem einen Theile erfolgte Anfechtung einzelner Posten der Abrechnung nicht von selbst und ohne daß auch für den anderen Theil ein selbständiger Grund vorliegt, die von Seite des letzteren erklärte Anerkennung unwirksam machen, wenn nicht jede einzelne Anerkennung unter der Bedingung gemacht wurde, daß die andere aufrecht bleibe. **(Art. 196.)**

Dritte Abtheilung.

Schuldumwandlung.

Eine Schuldumwandlung besteht in der Abänderung des wesentlichen Inhaltes eines Schuldverhältnisses, sohin in einer Aufhebung desselben. Denn wird dieser wesentliche Inhalt geändert, so ist das frühere Schuldverhältniß nicht mehr vorhanden, sondern wird durch ein anderes ersetzt. **(Art. 197.)**

Eine solche Umwandlung kann lediglich unter den Kontrahenten stattfinden, wenn das Objekt des Schuldverhältnisses geändert wird, z. B. wenn statt eines Hauses ein Grundstück Gegenstand der Forderung und Verpflichtung werden soll, oder wenn die verabredete Veräußerung eines Gutes in dessen Verpachtung umgeändert wird; — oder sie kann mit Hinzutritt eines Dritten bewerkstelliget wer-

den, wenn an die Stelle des Gläubigers oder Schuldners ein Anderer tritt. Dieser Hinzutritt bewirkt aber nur dann eine Schuldumwandlung, wenn entweder der Gläubiger oder der Schuldner aufhört, Subjekt des Schuldverhältnisses zu seyn. **(Art. 198.)**

Eine Schuldumwandlung ist auf Seite der bisherigen Subjekte des Schuldverhältnisses ein Vertrag über Tilgung dieses Verhältnisses, folglich ist zur Giltigkeit jener Umwandlung die Fähigkeit dieser Personen zur Zahlung und zum Empfange der Zahlung nothwendig. **(Art. 199.)** Die eingreifende Wirksamkeit der Schuldumwandlung auf die bestehenden Rechtsverhältnisse bringt es mit sich, daß die Absicht eine solche vorzunehmen, nicht vermuthet, die Umwandlung vielmehr nur alsdann angenommen werden darf, wenn sie aus dem Vertrage unzweifelhaft hervorgeht. Insbesondere kann jene Absicht aus Abänderungen nicht gefolgert werden, welche die Betheiligten in Nebenpunkten treffen, soferne diese das Wesen des bestehenden Rechtsverhältnisses nicht alteriren. **(Art. 200.)**

Wenn die Wirksamkeit des bisherigen Schuldverhältnisses von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, so kann mit Recht vermuthet werden, daß auch das neue Schuldverhältniß dieser Bedingung unterworfen seyn solle, wenn die entgegengesetzte Absicht der Parteien nicht mit Sicherheit aus dem Vertrage selbst oder wenigstens aus den Umständen zu entnehmen ist. Aehnlich verhält es sich in umgekehrter Richtung mit der Auffassung eines Umwandlungs-Vertrages, durch welchen das neue Schuldverhältniß von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht wird. **(Art. 201.)**

Da die Schuldumwandlung hinsichtlich der früheren Verbindlichkeit wie eine Erfüllung wirkt, und das umgewandelte Schuldverhältniß ein ganz neues ist, so können die Vorrechte, Bürgschaften, Pfandrechte und sonstigen Nebenansprüche, welche bei dem früheren Schuldverhältnisse bestanden, nur dann bei dem neuen fortleben, wenn sie von allen hiebei Betheiligten ausdrücklich auf letzteres übertragen worden sind. **(Art. 202.)**

Ist das bisherige Schuldverhältniß nichtig, so ist es auch das neue, vorausgesetzt, daß durch die Umwandlung der Grund des Verbotes nicht gehoben wird. Ist eine solche Nichtigkeit nicht vorhanden, so fallen alle Einreden hinweg, welche dem früheren Schuldverhältnisse entgegengesetzt werden konnten, indem das letztere ganz verschwindet, und daher so angesehen wird, als sei das neue Schuldverhältniß selbständig abgeschlossen worden.

Ist das durch die Umwandlung geschaffene neue Schuldverhältniß ungiltig, so wacht von selbst das frühere Schuldverhältniß sowohl in Ansehung der Hauptsache als der Nebenverbindlichkeit wieder auf. Was insbesondere Bürgschaften und andere Sicherheitsmittel betrifft, so müssen diese in solchem Falle ebenfalls wieder aufleben, weil sie alle Rechtsverhältnisse der Hauptverbindlichkeit theilen und die durch die Umwandlung bezweckte Erlöschung des ursprünglichen Schuldverhältnisses nicht wirklich eingetreten ist. Allein wenn der Gläubiger bei der Umwandlung den Bürgen ausdrücklich entlassen, oder auf weitere Sicherheitsmittel verzichtet hat, so kann er die Bürgschaften und sonstigen Sicherungsmittel nach weggefallener

Umwandlung nicht wieder in Anspruch nehmen, weil dieselben nicht lediglich in Konsequenz der Ungiltigkeit der Umwandlung, sondern in Folge eines ausdrücklichen Vertrages hinweggefallen waren, und hiebei die Umwandlung nur das Motiv des Verzichtes des Gläubigers bildete. **(Art. 204.)**

Die Annahme eines neuen Schuldners bewirkt nach obiger Ausführung die Aufhebung des früheren und die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses; es tritt also der bisherige Schuldner aus demselben gänzlich aus, und der Gläubiger kann nicht auf ihn zurückgreifen, wenn der neue Schuldner zahlungsunfähig ist, es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich bedungen, oder der Gläubiger durch Betrug zur Annahme des neuen Schuldners verleitet worden seyn. Aus gleichem Grunde steht auch dem neuen Gläubiger gegen den austretenden ein Rückgriff nur dann zu, wenn die erwähnten Voraussetzungen eintreten. **(Art. 205.)**

Hat Jemand die Verbindlichkeit eines Anderen unter dessen Mitwirkung (durch Delegation) übernommen, so ist er entweder Schuldner dieses letzteren oder nicht. Ist er nicht dessen Schuldner, so liegt in der Mitwirkung des früheren Schuldners ein Auftrag an den neuen Schuldner, die ihm selbst obliegende Verbindlichkeit zu übernehmen; es entsteht daher zwischen dem neuen und früheren Schuldner das Rechtsverhältniß des Bevollmächtigungs-Vertrages mit allen Wirkungen dieses Vertrages. Hat dagegen der frühere Schuldner nicht mitgewirkt, so hat der Expromittent dessen Angelegenheiten ohne Auftrag besorgt; er kann daher die Vergütung für die durch die Expromission veranlaßten Verwendungen nur unter jenen Voraussetzungen ersetzt verlangen, unter welchen ein Geschäftsführer ohne Auftrag hiezu befugt ist. **(Art. 206.)**

War der bisherige Schuldner Gläubiger des Delegaten, so hat das Geschäft offenbar den Zweck, ihr eigenes Schuldverhältniß ebenfalls soweit aufzulösen, als die übernommene Verbindlichkeit dem Betrage dieses Schuldverhältnisses gleichkömmt, so daß auch dem Delegaten kein Rückgriffsrecht gegen seinen bisherigen Gläubiger zusteht, weil er durch die Aufhebung seiner eigenen Schuld schon befriedigt ist. Gegen den neuen Gläubiger kann aber der neueintretende Schuldner sich der dem bisherigen Schuldner gegen seinen früheren Gläubiger zugestandenen Einreden deßhalb nicht bedienen, weil das neue Schuldverhältniß zwischen ihm und dem Dritten ein ganz selbständiges ist, und mit der Forderung des anderen Gläubigers an den durch die Novation befreiten Schuldner in keinem Zusammenhange steht. **(Art. 207.)**

Hat Jemand ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners, dessen Schuldner er selbst war, die Verpflichtung desselben übernommen, so kömmt es hinsichtlich der Frage, ob seine Verbindlichkeit gegen seinen bisherigen Gläubiger aufgehoben sey, von selbst, und ohne daß es deßhalb einer besonderen Bestimmung bedarf, darauf an, ob er in der Absicht, sein eigenes Schuldverhältniß zu lösen, oder aus Freigebigkeit gehandelt hat.

Es kommen daher auch hier, wie nach Art. 206 Abs. 2, die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung.

Die Vorschriften des **Art. 208** beruhen auf ähnlichen Betrachtungen, wie sie im Vorhergehenden zum Art. 207 entwickelt worden.

Vierte Abtheilung.

Nachlaßvertrag.

Jedermann ist befugt, seinen Rechten zu entsagen, und kann daher auch seine Forderung an einen Anderen ganz oder zum Theile nachlassen, vorausgesetzt, daß er frei über sein Vermögen oder wenigstens über das nachgelassene Recht verfügen kann. Durch eine wirksame Entsagung wird die Verbindlichkeit des Schuldners in dem Umfange, in welchem die Entsagung geschah, aufgehoben.

Die einseitige Erklärung des Entsagenden wird erst verpflichtend für denselben, wenn der andere Theil jene Erklärung angenommen, sohin das Rechtsgeschäft in einen Vertrag (Nachlaßvertrag) übergegangen ist. **(Art. 209.)** Für die Annahme der Entsagung schreibt der Entwurf keine Form vor, sie kann daher auch ohne ausdrückliche Erklärung aus den Umständen entnommen werden. Dagegen verlangt der Entwurf unter allen Umständen eine schriftliche Entsagungserklärung des Gläubigers, theils um die Ueberlegtheit und Ernstlichkeit eines solchen oft leichtsinnig und unter dem Einflusse überraschender oder die Willensfreiheit störender Umstände vorgenommenen Rechtsgeschäftes, theils aber auch die Klarheit des Aktes selbst zu fördern. **(Art. 210.)** Von dieser Bestimmung macht der Entwurf nur in den im Art. 219 angeführten Fällen eine Ausnahme, worüber das Nähere bei diesem Artikel zu erörtern ist. Die Vorschrift des Art. 211 ist eine Konsequenz des Art. 3 Abs. 2. Hinsichtlich des Art. 212 wurde der legislative Standpunkt bereits in den Motiven zu Art. 21 angegeben.

Fünfte Abtheilung.

Wegfall der Person des Gläubigers oder Schuldners.

In der Regel gehen die Schuldverhältnisse aktiv und passiv auf die Erben über. Mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners tritt die Erlöschung nur bei jenen Schuldverhältnissen ein, welche strenge an die Person des einen oder des andern geknüpft sind. **(Art. 213.)** Dagegen ist das Schuldverhältniß, alsdann mit allen seinen Accessorien aufgehoben, wenn Gläubiger und Schuldner sich in einer Person vereinigen. **(Art. 214.)** Diese Rechtsvereinigung erfordert jedoch einige besondere Bestimmungen für den Fall, daß mit dem Hauptschuldverhältnisse Bürgschaften verbunden sind.

Der Bürge ist accessorischer Schuldner des Gläubigers, sowie der Rückbürge accessorischer Schuldner des Bürgen, die Rechtsvereinigung dieser Personen muß daher zwischen ihnen dieselbe Wirkung haben, wie jene des Gläubigers und Hauptschuldners. Die Verbindlichkeit des Nach- und Rückbürgen ist bedingt durch das Be-

stehen der Verbindlichkeit des Hauptbürgen, die Erlöschung der letzteren muß also nothwendig auch die Erlöschung der ersteren zur Folge haben. Der Hauptschuldner ist dem Gläubiger prinzipiell verpflichtet, die Bürgen sind nur zur Sicherheit des ersteren bestellt, folglich kann auch das Wegfallen der Bürgen die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht aufheben.

Wird der Bürge Erbe des Hauptschuldners oder umgekehrt, so vereiniget sich in der Person des Erben sowohl der Hauptschuldner als der Bürge, und in der unmittelbaren Hauptverbindlichkeit geht die accessorische Verbindlichkeit aus der Bürgschaft auf, welche ohnehin in der Regel verschiedenen Beschränkungen unterworfen ist. Wenn aber die Bürgschaft für den Gläubiger wirksamer ist, als die Hauptschuld, z. B. wenn der Hauptschuldner zur Zeit der Begründung der Schuld minderjährig war, und der Vormund nicht in diese Begründung eingewilliget hatte, der Bürge aber in vollkommen rechtsfähigem Zustande intercedirt hat, oder wenn die Bürgschaft dem Gläubiger besondere Vortheile gewährt, z. B. wenn die Schuld mit keinem, die Bürgschaft aber mit einem Pfandrechte versichert ist, dann können dem Gläubiger die besonderen Ansprüche und Vortheile in Folge der erwähnten Rechtsvereinigung nicht entzogen werden.

Wenn die Verbindlichkeit des Bürgen wegen Confusion derselben mit jener des Hauptschuldners erlischt, so wird dadurch nicht auch die Verbindlichkeit des Nachbürgen aufgehoben, da jene Erlöschung nicht wegen eines in der Bürgschaft selbst liegenden Grundes, sondern bloß deshalb wegfällt, weil die Person des Bürgen nunmehr in jener des Hauptschuldners vereiniget ist, und daher der Zweck der Nachbürgschaft (Art. 866) immer noch aufrecht bleibt. Tritt aber die Rechtsvereinigung in der Person des Nachbürgen und Hauptschuldners oder des Bürgen ein, dann verschwindet aus den eben angegebenen Gründen die Verbindlichkeit des Nachbürgen, weil diese ebenfalls sowohl der Verbindlichkeit des Hauptschuldners als des Bürgen gegenüber nur die accessorische Verpflichtung ist. Wegen Gleichheit des Grundes kommt jedoch auch hier die obige Ausnahmsbestimmung zur Anwendung. **(Art. 215** und **216.)**

Wenn das Rechtsgeschäft, wodurch die Rechtsvereinigung bewirkt wurde, wieder rückgängig wird, wenn z. B. das deferirte und angenommene Erbrecht in Folge der Vernichtung der Delation oder Annahme, oder in Folge fideicommissarischer Succession auf eine andere Person übergeht, so lebt das frühere Schuldverhältniß wieder auf, weil von da an der Grund der Löschung — die Rechtsvereinigung — wegfällt, und Gläubiger und Schuldner wieder verschiedene Personen sind. Deßhalb treten die im Art 204 Abs. 2 und 3 angegebenen Wirkungen der Aufhebung der Rechtsvereinigung hinsichtlich der Nebenverbindlichkeiten auch hier ein. **(Art. 217.)**

Schlußbestimmungen.

Außer den in den Art. 119, 120, 201 — 217 erwähnten Gründen der Erlöschung von Schuldverhältnissen gibt es weitere, welche noch in anderen Beziehungen als hinsichtlich jener Aufhebung von Bedeutung sind und daher im Gesetz-

buche da erwähnt werden, wo sie vermöge ihrer besonderen Beschaffenheit die entsprechende Stelle finden mußten. Es konnte deßhalb hier lediglich auf diese Bestimmungen verwiesen werden.

Es giebt ferner Thatsachen, welche nothwendig die Vermuthung begründen, daß eine Verbindlichkeit erloschen sey, ohne daß zugleich der Grund der Erlöschung erkennbar ist. Dazu gehört es, wenn der Gläubiger den Schuldschein zurückgibt, vernichtet oder seiner beweisenden Kraft entkleidet. Da jener Grund ein verschiedener seyn kann, und sich aus den erwähnten Thatsachen selbst auch nicht mit irgend einer Wahrscheinlichkeit kund gibt, so kann auch das Gesetz nur die Vermuthung für die Erlöschung überhaupt, nicht aber zugleich für einen speziellen Grund derselben, — Zahlung, Verzicht u. dgl., — aufstellen. Für den Schuldner reicht auch diese Vermuthung der Erlöschung im Allgemeinen hin, da der Gläubiger in Folge dessen genöthiget ist, entweder die Vermuthung durch den Beweis einer anderen Absicht zu entkräften, oder darzuthun, daß ein bestimmter Grund der Erlöschung vorgelegen, jedoch Umstände vorhanden seyen, aus welchen er diesen Grund anzufechten berechtiget ist. **(Art. 219.)**

Fünftes Hauptstück.

Beziehungen der Schuldverhältnisse auf mehrere Personen und Gegenstände.

Erste Abtheilung.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

Das Schuldverhältniß kann ein einfaches seyn, wenn nur Ein Gläubiger Einem Schuldner gegenübersteht, und das Objekt sich auf Eine Leistung beschränkt; es kann aber auch in verschiedener Richtung ein komplizirtes werden, indem mehrere Personen aktiv oder passiv als Subjekte der Obligation erscheinen, oder verschiedene Leistungen wahlweise ihren Gegenstand bilden.

Bei einer Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern ergiebt sich, — soferne keine besonderen Gründe ein anderes Verhältniß begründen, — von selbst als Regel, daß die mehreren Gläubiger oder Schuldner nach gleichen Theilen an dem Schuldverhältnisse participiren, was auch alsdann stattfindet, wenn mehrere Erben des Gläubigers oder des Schuldners in dasselbe eintreten. **(Art. 220.)** Diese Regel findet aber keine Anwendung, wenn nach der Beschaffenheit des Objectes der Obligation eine Theilung überhaupt nicht möglich, oder wenn sie durch die Intention des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen ist, — bei untheilbaren Verbindlichkeiten, — oder wenn in Folge gesetzlicher Bestimmung oder des Vertrags oder einer

letztwilligen Anordnung von mehreren Gläubigern jeder berechtiget ist, das Ganze zu fordern, oder wenn von mehreren Schuldnern jeder verpflichtet ist, das Ganze zu leisten. **(Art. 221 u. 222.)**

Ein praktisches Bedürfniß für eine, von der Doktrin festgehaltene, abweichende Behandlung der eigentlichen Correal-Obligationen und der solidarischen Verbindlichkeiten besteht nicht mehr, wenn man den beiden gemeinsamen Zweck der Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung, im Auge behält, — woraus sich auch eine völlige Gleichstellung der Wirkungen aller Aufhebungsgründe der Verbindlichkeit bei beiden Arten rechtfertiget.

Bei der Sammtverbindlichkeit bietet sich ein dreifaches Verhältniß dar: jenes der Sammtgläubiger zu den Sammtschuldnern; jenes der Sammtschuldner unter einander; endlich jenes der Sammtgläubiger unter einander.

In der ersten Beziehung besteht der wesentliche Charakter der Sammtverbindlichkeit darin, daß objektiv nur Eine Schuld vorhanden ist. Ist diese von einem Sammtschuldner geleistet, so ist auch das Schuldverhältniß in Ansehung der übrigen Schuldner erloschen, und ebenso haben die übrigen Gläubiger nichts mehr zu fordern, wenn der Eine die Leistung empfangen hat. **(Art. 231.)** Subjektiv dagegen bestehen so viele einzelne Schuldverhältnisse als Personen aktiv und passiv bei der Obligation betheiliget sind. Deßhalb steht es mit der Natur des Sammtverhältnisses nicht im Widerspruche, daß dieses Verhältniß für alle Schuldner und Gläubiger nicht überall das gleiche, daß bei dem einzelnen die Schuld an eine Bedingung oder an eine Frist gebunden sey, während dieses den andern gegenüber nicht der Fall ist. Ebenso können einem Sammtschuldner aus persönlichen Verhältnissen zu dem Gläubiger Einreden zustehen, welche nicht aus dem Sammtschuldverhältnisse selbst hervorgehen und daher von den andern Sammtschuldnern nicht geltend gemacht werden können, so wie hinwieder gegen einen Sammtgläubiger eine Einrede aus persönlichen Verhältnissen begründet seyn kann, welche den andern Gläubigern fremd ist. **(Art. 227.)**

Der Gläubiger ist befugt, jeden Sammtschuldner auf das Ganze zu belangen, ohne daß ihm die Einrede der Theilung entgegen gesetzt werden darf, wie es im gemeinen Rechte der Fall ist, weil eine solche Theilung dem Wesen und Zwecke der Sammtverpflichtung widerspricht. Es steht jedoch in seinem Belieben, daß er dieses Recht nicht in seinem vollen Umfange gegen einen der Verpflichteten geltend mache, indem er von demselben nur einen beliebigen Theil verlangt. **(Art. 223.)** Die Tilgung der Schuld und die Befreiung aller Sammtschuldner tritt aber nur durch die wirkliche vollständige Leistung ein. Selbst die Verurtheilung eines oder mehrerer Sammtschuldner hindert daher den Gläubiger nicht an der Verfolgung der übrigen **(Art. 224)**, so wie auch die Entbindung eines Schuldners von der Sammtverbindlichkeit nach ihrem vollen Umfange an sich daraus nicht gefolgert werden darf, daß der Gläubiger ihn auf Zahlung eines Theils der Schuld belangt, oder von ihm eine Rückzahlung annimmt. **(Art. 225.)**

Der Schuldner wird durch die an irgend einen der Sammtgläubiger geleistete Zahlung liberirt. Hieraus folgt, daß ihm das Wahlrecht zusteht, an welchen

der Sammtgläubiger er zahlen wolle. Dieses fällt jedoch hinweg, wenn einer der Sammtgläubiger sein Forderungsrecht bereits durch Erhebung der gerichtlichen Klage geltend gemacht hat, weil jeder Gläubiger die Zahlung fordern kann, der Schuldner also einer solchen Foderung entsprechen muß. **(Art. 226.)**

Einer besonderen Bestimmung bedarf die Frage, in wie weit der beklagte Sammtschuldner dem Gläubiger die Forderung in Aufrechnung zu bringen berechtiget ist, welche einem anderen Sammtschuldner gegen den letzteren oder dem Schuldner gegen einen andern als den klagenden Sammtgläubiger zusteht. Nach der obigen Bemerkung über das Verhältniß solcher persönlicher Einreden im Allgemeinen müßte die Frage in beiden Richtungen strenge genommen verneint werden. Wenn jedoch im ersten Falle dem auf Leistung belangten Sammtschuldner auf den Grund der von ihm bewirkten Befriedigung des Gläubigers eine Ersatzforderung an den Inhaber der Gegenforderung zusteht, oder wenn der fordernde Sammtgläubiger das Empfangene theilweise an denjenigen herauszugeben verpflichtet ist, gegen welchen dem Schuldner eine Forderung zusteht, so bleibt das wirkliche Interesse desjenigen, mit dessen Foderung, sowie desjenigen, welchem gegenüber von der Kompensation Gebrauch gemacht wird, vollkommen gewahrt, wenn auf die im **Art. 228** bezeichnete Weise der Aufrechnung für den betreffenden Betrag stattgegeben wird. Die Handlung des einen Sammtschuldners ist für die übrigen rechtswirksam, insoferne die Leistung desselben die Liberation der übrigen zur Folge hat. (Art. 231 Abs. 2.) Umgekehrt muß die einem Sammtgläubiger gegenüber durch den Schuldner bewirkte Liberation durch Zahlung, ihn auch den übrigen Sammtgläubigern gegenüber befreien. (Art. 231 Abs. 2.) Kein Sammtschuldner ist aber befugt, durch seine einseitige Willensbestimmung oder durch seine Handlungen das bestehende Schuldverhältniß zum Nachtheile der andern in irgend einer Beziehung zu alteriren. Eben so wenig kommt die vom Gläubiger dem einen Sammtschuldner bewilligte persönliche Begünstigung den andern zu statten, gegen welche der Gläubiger sein volles Recht aus dem Schuldverhältnisse dadurch nicht aufgegeben hat. **(Art. 229.)**

Die Anwendung des ersten Satzes ist insbesondere wichtig für die Beurtheilung der Folgen des Verzuges von Seiten eines Sammtschuldners oder Sammtgläubigers. Hierbei ist der oben berührte Gesichtspunkt entscheidend, daß das subjective Schuldverhältniß des einzelnen Sammtschuldners zu dem Gläubiger als ein für sich bestehendes, individuelles zu betrachten ist, und daher die Folgen seines Verzuges nicht die andern Mitschuldner, sondern nur ihn allein treffen. **(Art. 230.)**

Wenn auch ein Sammtschuldner nicht unbedingt befugt ist, die einem Mitschuldner (Sammtschuldner) dem Gläubiger gegenüber zustehende Gegenforderung diesem gegen seinen Willen in Aufrechnung zu bringen, so kommt doch immerhin die von dem Inhaber der Gegenforderung gegen den Gläubiger durchgesetzte Aufrechnung auch dem Mitschuldner zu statten, weil sie dieselben Wirkungen hat, wie die Zahlung (Art. 183), so wie sich auch aus gleichem Grunde der Schuldner durch die von ihm gegen einen Sammtgläubiger durchgesetzte Aufrechnung den übrigen Sammtgläubigern gegenüber liberirt. Ganz dasselbe tritt ein, wenn die

bestehende Sammtschuld von einem der Schuldner durch Schuldumwandlung (Art. 197) getilgt wird **(Art. 231 Abs. 3).** Nicht so einfach gestaltet sich die Wirksamkeit eines von dem Gläubiger mit einem der Sammtschuldner geschlossenen Nachlaßvertrages; denn ein solcher Erlaß kann eben sowohl den Sinn haben, daß der Gläubiger nur auf einen Anspruch gegen diesen Schuldner verzichtet, als den, daß er die ganze Schuld erläßt. Nur in dem letzteren Falle kommt der Vertrag allen Schuldnern zu gut. Ist die Intention in diesem weiteren Umfange nicht unzweifelhaft, so kann nur die beschränktere Absicht des Gläubigers angenommen werden, weil ein Rechtsgeschäft, durch welches Rechte aufgegeben werden, nach dem Grundsatze des Art. 78 (Thl. I.) bei dem Zweifel über den Umfang der Verzichtleistung im Sinne des geringeren Umfanges derselben ausgelegt werden muß. Hat aber der Erlaß nur in jenem beschränkten Sinne statt gefunden, so kommt immerhin das Verhältniß in Betracht, welches zwischen den Sammtschuldnern selbst besteht. Dieses Verhältniß ist der Verfügung des Gläubigers nicht unterworfen; derjenige welchem der Nachlaß gemacht worden, würde, wenn die Leistung von einem anderen Mitschuldner erfolgt ist, zum Ersatze des auf ihn fallenden Antheils an der Schuld angehalten werden können, und so muß der ihm gewährte Nachlaß wirkungslos werden, was der Absicht des Nachlaßvertrages widerspräche. Diesen Verhältnissen entspricht es, daß die übrigen Sammtschuldner ermächtiget werden, dem Gläubiger den Antheil, welchen der durch den Nachlaß befreite Sammtschuldner zur Tilgung der Schuld hätte beitragen müssen, bei der Zahlung der Schuld in Abzug zu bringen. **(Art. 232.)**

Erläßt ein Sammtgläubiger dem Schuldner die Forderung, so kann dieses den Rechten der übrigen nicht präjudiciren; wenn aber die Forderung theilbar ist, so tritt das umgekehrte Verhältniß ein: der Erlaß behält seine Wirkung für den auf jenen Sammtgläubiger fallenden Antheil. **(Art. 233.)**

Auch der Vergleich kann entweder das ganze Schuldverhältniß oder nur die persönlichen Rechte und Verpflichtungen eines einzelnen Sammtgläubigers oder eines einzelnen Sammtschuldners zum Gegenstande haben und ist daher nach gleichen Grundsätzen wie der Nachlaßvertrag zu beurtheilen. **(Art. 234, 235.)**

Wird ein Sammtgläubiger von dem Schuldner, oder ein Sammtschuldner von dem Gläubiger beerbt, so kommt auch hier wieder das Verhältniß in Betracht, welches zwischen den Sammtgläubigern unter sich und dasjenige, welches zwischen den Sammtschuldnern unter sich besteht (Art. 239). Diesem würde es nicht entsprechen, wenn man der in solchen Fällen eintretenden Rechtsvereinigung (Art. 214) die Wirksamkeit beilegen wollte, daß dadurch, wie durch Zahlung, das ganze Schuldverhältniß aufgehoben werde; die Folgen der Beerbung sind vielmehr darauf zu beschränken, daß dem Erben des einen Sammtgläubigers der Antheil zu gut kömmt, welcher von seiner Schuld auf diesen Sammtgläubiger bei der Theilung mit den übrigen fallen würde, und daß der Gläubiger, welcher einen der Sammtschuldner beerbt, sich bei der Geltendmachung seiner Forderung an die übrigen den Abzug desjenigen gefallen lassen muß, was sein Erblasser den Mitschuldnern zu contribuiren gehabt hätte. **(Art. 236.)**

Die Rückgabe der Schuldurkunde begründet für den Schuldner die Vermuthung, daß die Schuld durch Zahlung oder auf andere Weise erloschen sey. Diese Vermuthung ist der Schuldner auch in dem Falle geltend zu machen berechtiget, wenn er die Urkunde von einem der Sammtgläubiger zurückempfangen hat, so wie er auch durch die von einem Sammtgläubiger ausgestellte Quittung gegen die übrigen gedeckt wird. **(Art. 237.)**

Daß die von einem Sammtgläubiger oder gegen einen Sammtschuldner herbeigeführte Unterbrechung der Klagverjährung ihre Wirkung auch auf die übrigen erstreckt **(Art. 238)**, beruht auf der objektiven Einheit des Schuldverhältnisses.

Die Sammtschuldner stehen nicht immer in einem Gesellschaftsverhältnisse in Betreff der von einem derselben getilgten Schuld. Ihre Betheiligung bei dieser letzteren kann eine sehr verschiedene seyn; sie kann namentlich in dem Verhältnisse der Bürgschaft zu der Hauptverbindlichkeit bestehen. In solchen Fällen richtet sich die Ersatzforderung des Zahlenden nach diesen besonderen Verhältnissen. Außerdem aber muß die Regel gelten, daß jeder einen gleichen Antheil an der Schuld zu tragen verpflichtet ist, von welcher ihn die Zahlung des Einen liberirt hat. **(Art. 239.)** Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält beispielsweise der Art. 68 Abs. 1. Das Verhältniß der Sammtgläubiger unter sich beruht stets auf einem besonderen Rechtsgrunde, aus welchem sich der Anspruch der einzelnen auf Participation von selbst ergiebt. Es kann deshalb hiefür keine allgemeine Regel aufgestellt werden. **(Art. 240.)**

Die **Art. 241—248** beschäftigen sich mit den Schuldverhältnissen, auf welche die Regel des Art. 220 (wonach Forderung und Verbindlichkeit als unter die mehreren Gläubiger und die mehreren Schuldner getheilt zu betrachten sind) deshalb keine Anwendung findet, weil der Gegenstand der Verbindlichkeit seiner Natur nach oder nach der Intention des Rechtsgeschäftes keiner Theilung empfänglich ist. Das Erstere ist der Fall wenn die Verbindlichkeit in der Uebertragung eines untheilbaren Rechtes, z. B. einer Realservitut, oder in einem reinen Thun oder Unterlassen besteht. Nach der heutigen Rechtsanschauung kann hier das Prinzip der Solidarität nicht mehr dahin festgehalten werden, daß dem Gläubiger gegen jeden einzelnen der mehreren Schuldner eine Klage auf die untheilbare Leistung eingeräumt und der Schuldner unbedingt verpflichtet wird, dem einzelnen der mehreren Gläubiger gegenüber die untheilbare Leistung zu bewirken. In dem ersteren Falle ist nämlich der einzelne Schuldner nicht in der Lage, über den Gegenstand der Leistung so zu verfügen, daß dieselbe bei ihrer Untheilbarkeit ungeschmälert und ungefährdet dem Gläubiger zu Theil werde. Der einzelne Miteigenthümer eines Grundstückes, eines Hauses, der einzelne von mehreren Werkunternehmern kann, gegen die Willensthätigkeit der übrigen, dem Gläubiger gegenüber weder die Einräumung einer Grunddienstbarkeit, noch die Uebertragung des Eigenthums, noch die Herstellung des Werks allein bewirken. — Andrerseits gebietet die Rücksicht auf die Sicherheit, welche dem Schuldner bei Erfüllung einer mehreren Gläubigern gegenüber geschuldeten Leist-

ung gewährt werden muß, daß, soferne nicht von selbst die Leistung an den einen auch die übrigen befriediget, der Schuldner nur dann gesetzlich verpflichtet werden könne, die Leistung einem einzelnen der mehreren Gläubiger gegenüber zu bewirken, wenn er gegen die Ansprüche der Uebrigen vollständig gesichert wird. Die aus dieser Untheilbarkeit hervorgehenden Rechtsverhältnisse sind hier nicht nach den allgemeinen Grundsätzen der Solidarität festgesetzt, die vielseitig controvertirte Frage erhält vielmehr ihre einfache, dem Sachverhältnisse entsprechende Lösung durch die Bestimmung, daß das Forderungsrecht nicht von einem einzelnen Gläubiger oder gegen einen einzelnen Schuldner ausgeübt werden könne, weil kein einzelner über den Gegenstand der Obligation zu verfügen berechtiget ist. Es muß daher die Leistung von allen Schuldnern insgesammt gefordert werden und die mehreren Gläubiger können nur zusammen oder durch einen gemeinschaftlichen Vertreter die Leistung verlangen. In der ersten Beziehung tritt eine Ausnahme alsdann ein, wenn die untheilbare Sache, welche den Gegenstand der Obligation bildet, einem der Miterben oder Miteigenthümer zugetheilt und dadurch die Betheiligung der übrigen an der Sache aufgehoben ist. Auch im Falle der Betheiligung mehrerer Gläubiger gestattet der Entwurf die Forderung der Leistung durch einen derselben, unter der Voraussetzung, daß der Schuldner hinreichende Sicherheit dafür erhalte, daß die übrigen Gläubiger keine weiteren Ansprüche gegen ihn erheben werden, indem auf diese Weise sein rechtliches Interesse vollkommen gewahrt ist. **(Art. 242.)**

Die Unzuläßigkeit der einseitigen Verfügung eines der Mitgläubiger über das den übrigen zustehende Recht an dem untheilbaren Gegenstande der Obligation bringt die weitere Folge mit sich, daß der Erlaß oder die Umwandlung der Verbindlichkeit und ähnliche Dispositionen der allgemeinen Zustimmung bedürfen. Wird dagegen einem von mehreren Mitschuldnern die Verbindlichkeit von dem Gläubiger erlassen, oder wird ihm von demselben eine Zahlungsfrist oder irgend eine sonstige Erleichterung gewährt, so wirkt dieses wegen der Untheilbarkeit der Verbindlichkeit nothwendig auf das Schuldverhältniß selbst, und kommt deshalb auch den Mitschuldnern zu gut, indem die bei dem solidarischen Schuldverhältnisse eintretenden subjektiven Unterscheidungen (Art. 229, Abs. 2 u. Art. 232) hier keine Anwendung finden können. **(Art. 243.)** Dagegen greift die Analogie der in dem Art. 232 Abs. 3 für das solidarische Verhältniß aufgestellten Bestimmung Platz, wenn mittelst des Werthanschlages zwischen dem Gläubiger und einem der Schuldner an die Stelle des untheilbaren Obligationsobjektes eine Summe, mithin ein theilbares Objekt gesetzt wird, und wenn der Gläubiger den Antheil jenes Mitschuldners hieran von demselben empfangen oder ihm erlassen hat. **(Art. 244.)** Den übrigen Mitgläubigern wird durch diese Handlung des Einen nichts an ihrem Rechte benommen, sie können den Gegenstand der Obligation fordern, aber sie müssen die Verfügung respektiren, welche ihr Mitgläubiger innerhalb der Gränzen seines Antheils an dem gemeinschaftlichen Rechte getroffen hat. Dieses kann nur dadurch geschehen, daß sie den von jenem erhobenen oder nachgelassenen Werthantheil dem Schuldner vergüten.

Hinsichtlich des Ersatzanspruchs, welcher durch die von einem Mitschuldner zum Vortheil aller bewirkten Leistung des Gegenstandes oder dessen Werthes gegründet wird **(Art. 245)**, tritt dasselbe Rechtsverhältniß ein, wie es zu Art. 239 erörtert ist.

Eine Verbindlichkeit ist nicht nur dann eine untheilbare, wenn die Leistung und der Gegenstand derselben einer Theilung an sich nicht empfänglich ist; auch bei andern Leistungen kann die Theilung durch den Willen der Parteien und die Absicht des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen werden. Diese Absicht ist insbesondere alsdann anzunehmen, wenn der Gegenstand der Leistung durch die Theilung derselben eine Veränderung oder Werthsverminderung erleiden würde. In solchem Falle treten ganz dieselben Rechtsverhältnisse ein wie bei einer ihrer Natur nach untheilbaren Leistung. **(Art. 247 u. 248.)**

Zweite Abtheilung.

Mehrheit der Gegenstände eines Schuldverhältnisses.

Der Fall, wenn mehrere Leistungen insgesammt der Gegenstand eines Schuldverhältnisses sind (kumulative Verbindlichkeit), bietet keine Eigenthümlichkeit dar, wohl aber jener, wenn der Anspruch des Gläubigers nur auf die eine oder auf die andere von mehreren bestimmten Leistungen und zwar entweder nach der Wahl des Schuldners, des Gläubigers oder eines Dritten gerichtet ist (alternative Verbindlichkeit). Ist nur eine Leistung der Gegenstand der Verbindlichkeit, daher der Anspruch des Gläubigers auf diese beschränkt, hat dagegen der Schuldner lediglich die Befugniß, dieser Leistung eine andere zu substituiren und sich durch diese zu befreien (fakultative Verbindlichkeit), so ist nur ein einfaches Schuldverhältniß vorhanden. **(Art. 249.)**

Das Wesen eines Schuldverhältnisses und dessen Hauptgegenstand besteht in der Leistung des Schuldners. Deßhalb muß diesem in der Regel die Wahl bei einer alternativen Verbindlichkeit zustehen, ein Grundsatz, welcher auch bezüglich der Rückforderung der aus Irrthum kumulativ geleisteten Wahlgegenstände zur Anwendung kommt. Dem Gläubiger steht die Wahl nur ausnahmsweise zu, wenn ihm solche ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt ist; letzteres namentlich dann, wenn aus den Umständen anzunehmen ist, daß das Wahlrecht lediglich im Interesse des Gläubigers festgesetzt wurde. **(Art. 250.)**

Dadurch daß der wahlberechtigte Schuldner mit der Erfüllung der Verbindlichkeit in Verzug kommt, kann sein Wahlrecht noch nicht erlöschen und sofort auf den Gläubiger übergehen; dieß kann erst dann eintreten, wenn er rechtskräftig zur Erfüllung der Verbindlichkeit verurtheilt ist und innerhalb der richterlich festgesetzten Frist dem Urtheile nicht genügeleistet, wodurch die Vollstreckung der Forderung durch seine Weigerung, die Wahl zu treffen, illusorisch würde. **(Art. 251.)**

Die alternative Obligation ist insoferne auch eine untheilbare, als weder

durch die Wahl des Gläubigers noch durch jene des Schuldners ein Theil der einen in der Wahl stehenden Sache und ein Theil der anderen gefordert oder wirksam geleistet werden kann. Das Wahlrecht des Gläubigers kann den Schuldner nicht zu einer Theilung der in der Wahl stehenden Sachen zwingen; das Wahlrecht des Schuldners kann ebensowenig zur Folge haben, daß der Gläubiger nur Theile von verschiedenen Sachen und nicht eine ganze erhält. Bietet demnach der wahlberechtigte Schuldner nur erst einen Theil der einen Sache dem Gläubiger an, so kann dieser zur Annahme nicht verpflichtet seyn, weil der Schuldner hiedurch, selbst nicht auf den zur Leistung angebotenen Theil, sondern erst dadurch befreit wird, daß er von derselben Sache auch den anderen Theil leistet. **(Art. 252.)**

Wird eine der in der Wahl stehenden Leistungen durch Zufall unmöglich, so muß natürlich das Schuldverhältniß als einfaches bezüglich der anderen Leistung fortwirken und zwar ohne Unterschied, ob der Schuldner oder der Gläubiger der Wahlberechtigte ist. Für den Zufall hat der Schuldner dem wahlberechtigten Gläubiger nicht einzustehen, dieser kann daher nur die andere, noch mögliche Leistung verlangen. Da ferner ein Zufall das Wahlrecht des Schuldners zerstört, so kann ihm, wenn er gleich dadurch in eine schlimmere Lage versetzt wird, das Recht nicht eingeräumt werden, den Gläubiger mit dem Werthe des untergegangenen Gegenstandes abzufinden. — Ist die Zusage bezüglich des einen der in der Wahl stehenden Gegenstände eine unwirksame, weil dieselbe z. B. gegen ein Verbot verstößt, so muß dieß geradeso wie der Zufall wirken, so daß sich auch hier die Wahlverbindlichkeit in eine einfache verwandelt. **(Art. 253.)**

Hat der Schuldner oder der Gläubiger die Unmöglichkeit der einen wahlweise in der Verbindlichkeit begriffenen Leistungen verschuldet, so muß von dem Grundsatze ausgegangen werden, daß der schuldhafte Theil die Folgen seiner Verschuldung zu tragen habe, das Recht des schuldlosen Theiles aber hiedurch nicht beeinträchtiget werden könne. — Der wahlberechtigte Schuldner kann zwar über einen der Wahlgegenstände frei verfügen; ist jedoch der eine Gegenstand durch seine Schuld zu Grund gegangen, so kann er nicht berechtiget seyn, statt des noch vorhandenen anderen Gegenstandes, den Gläubiger mit dem Ersatze des zu Grund gegangenen abzufinden, weil der letztere immer noch auf einen der in der Wahl stehenden Gegenstände selbst, somit auf den noch vorhandenen, Anspruch hat. Es verwandelt sich daher auch hier die Wahlverbindlichkeit in eine einfache. **(Art. 254 Abs. 1.)** Ist aber der Gläubiger wahlberechtiget, so kann sein Wahlrecht durch das Verschulden des Schuldners nicht beeinträchtiget werden; er muß daher, nach seiner Wahl, entweder den übrig gebliebenen Gegenstand oder den Ersatz für den zu Grund gegangenen verlangen können. (**Art. 254 Abs. 2**.)

Liegt die Unmöglichkeit der einen wahlweisen Leistung in einem Verschulden des Gläubigers, so kann folgerichtig das Wahlrecht des Schuldners hiedurch nicht geschmälert werden; es muß ihm daher freistehen, die noch mögliche Leistung an den Gläubiger zu bewerkstelligen oder demselben die unmöglich gewordene als Zahlung

anzurechnen. Steht dagegen dem Gläubiger, welcher die Unmöglichkeit der einen Leistung verschuldet hat, selbst das Wahlrecht zu, so muß die unmöglich gewordene Leistung als von ihm gewählt und als von dem Schuldner an ihn bewirkt gelten; es kann nicht entscheiden, ob der Gläubiger diesen Gegenstand auch wirklich gewählt haben würde, weil dem Schuldner immerhin das Recht zusteht, einen der wahlweise geschuldeten Gegenstände für sich zu behalten. (**Art. 255.**)

Dieselben Grundsätze müssen nothwendig auch die Fälle beherrschen, in welchen der Schuldner oder der Gläubiger, und zwar je nachdem der eine oder der andere der Wahlberechtigte ist, den Untergang aller Wahlgegenstände verschuldet hat, indem hier der Ersatz an die Stelle des zu leistenden Wahlgegenstandes tritt. Daher kann der wahlberechtigte Schuldner zwischen dem Ersatze des einen oder des anderen Gegenstandes wählen, wenn er den Untergang beider gleichzeitig verschuldet hat. Geschah dieß aber successive, so muß die von dem Schuldner zuerst zu Grund gerichtete Sache als diejenige gelten, welche er für sich zu behalten befugt war, er bleibt daher dem Gläubiger zum Ersatze der zuletzt zerstörten Sache verpflichtet. **(Art. 256 Abs. 1 u. 2.)** War dagegen der Gläubiger der Wahlberechtigte, so versteht sich von selbst, daß er zwischen dem Ersatze des einen oder des anderen der durch Schuld des Schuldners unmöglich gewordenen Leistungen wählen könne. **(Art. 256 Abs. 3.)** Dasselbe muß umgekehrt auf den Fall Anwendung finden, wenn alle Wahlgegenstände durch Verschulden des Gläubigers zu Grund gegangen sind. Hier ist natürlich der wahlberechtigte Schuldner infolge des Verschuldens des Gläubigers jedenfalls von seiner Verbindlichkeit befreit und kann, nach seiner Wahl, für den Gegenstand, welchen er für sich zu behalten befugt war, Ersatz fordern. **(Art. 257 Abs. 2.)** Ist aber der Gläubiger wahlberechtiget und der Untergang gleichzeitig eingetreten, kann daher keine der Leistungen als von ihm gewählt angesehen werden, so muß der Schuldner zwischen dem Ersatze der einen und der anderen wählen können. Erfolgte dagegen die Unmöglichkeit beider Leistungen aus Schuld des Gläubigers successive, so muß die zuerst zu Grund gegangene Sache als von letzterem gewählt gelten und der Ersatzanspruch des Schuldners ist auf die zuletzt zerstörte Sache beschränkt. **(Art. 257 Abs. 1.)**

Wie bereits zu Art. 251 bemerkt, geht durch den Verzug, in welchen der wahlberechtigte Schuldner bezüglich seiner alternativen Leistung kommt, nicht schon das Wahlrecht auf den Gläubiger über. Allein der Verzug, sowohl jener auf Seite des Schuldners als jener auf Seite des Gläubigers, muß jedenfalls die Wirkung äußern, daß die nach eingetretenem Verzuge durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit der einen oder anderen oder aller Wahlleistungen so angesehen wird, als habe der in Verzug befindliche Theil die Unmöglichkeit durch seine Schuld veranlaßt (vergl. Art. 133).

Für den Fall, daß alle in einer alternativen Verbindlichkeit begriffenen Leistungen unmöglich werden, sind selbstverständlich die Bestimmungen der Art. 256 und 257 gemäß des Art. 133 maßgebend. Für den casuellen Untergang nur eines der Wahlgegenstände aber trifft der **Art. 258** noch besonders Vorsehung,

indem nach dem obigen Grundsatze auf die Bestimmungen der Art. 254 und 255 hingewiesen wird.

Von einer weiteren Kasuistik für Fälle, in welchen gleichzeitig oder successive der eine Wahlgegenstand aus Schuld des einen Theils, der andere aber aus jener des anderen Theils oder aus Zufall zu Grunde geht, nimmt der Entwurf Umgang, weil sich die Entscheidung aus den bisher aufgestellten Grundsätzen mit Sicherheit entnehmen läßt.

Das Wahlrecht ist bei der alternativen Obligation ein Bestandtheil dieser selbst und an die Persönlichkeit des Wahlberechtigten nicht geknüpft, es muß daher sowohl auf die Erben des Wahlberechtigten als auf Diejenigen übergehen, welche aus einem singulären Titel in das Schuldverhältniß eintreten. **(Art. 259.)** Dagegen beruht die einem Dritten bezüglich des Gegenstandes einer alternativen Verbindlichkeit übertragene Wahl auf persönlichem Vertrauen, ist daher in der Regel nicht übertragbar (vergl. Art. 262 Abs. 1).

Hat der Wahlberechtigte seine Wahl getroffen und diese dem anderen Theile erklärt, so kann eine Aenderung derselben nicht mehr stattfinden. Durch diese Ausübung des Wahlrechts dem anderen Theile gegenüber wird das alternative Schuldverhältniß auf ein einfaches zurückgeführt, so als wenn die Verbindlichkeit den gewählten Gegenstand allein von Anfang an betroffen hätte. **(Art. 261.)** Die hiedurch bewirkte Feststellung des bis dahin unbestimmten Rechtsverhältnisses kann also durch eine Aenderung der Wahl nicht wieder in Frage gestellt werden. **(Art. 260 Abs. 1.)**

Die Erklärung der Wahl mit der bezeichneten Wirkung kann aber nicht blos ausdrücklich, sondern auch thatsächlich und zwar durch die im **Art. 260 Abs. 2** bezeichneten Handlungen bewirkt werden, was der Rechtfertigung nicht bedarf. — Aus den angeführten Gründen kann natürlich auch der dritte Wahlberechtigte eine den Parteien gegenüber erklärte Wahl mit Wirksamkeit nicht mehr ändern. Weigert er aber die Vornahme der Wahl oder geht er vor deren Vornahme mit Tod ab, so muß die Verbindlichkeit wegen Unbestimmtheit ihres Objektes dann wirkungslos werden, wenn die Vornahme der Wahl durch den Dritten als eine Bedingung der Verbindlichkeit, nach der Absicht der Handelnden, gesetzt wurde. Hat aber das Wahlrecht des Dritten zu dem Schuldverhältnisse nicht diese rechtliche Stellung, hat vielmehr dessen Festsetzung nur den Sinn eines Compromisses der Theile auf den Ausspruch (Arbitrium) eines von ihnen auserlesenen unbetheiligten Dritten über den Gegenstand der alternativen Verbindlichkeit, so würde — wenn aus dem einen oder anderen Grunde ein Ausspruch des Dritten nicht erfolgt — die Wirkungslosigkeit der Verbindlichkeit der Intention des Rechtsgeschäftes sicher nicht entsprechen; es erschien daher angemessen, hier dem Richter die Ausübung des Wahlrechts zu übertragen. **(Art. 262.)**

Ist der Gegenstand einer Verbindlichkeit nur der Gattung nach bestimmt, so ist zu deren Erfüllung eine Auswahl unter den mehreren zu dieser Gattung gehörenden individuellen Gegenständen nöthig. Darüber, wem dieses Wahlrecht zustehe und wie es auszuüben ist, müssen dieselben Grundsätze wie bei der alter-

nativen Verbindlichkeit (Art. 250—252, 259—262) maßgebend seyn. Vermöge dieses Wahlrechts kann aber derjenige, dem es zusteht, nur befugt seyn, eine Leistung von *mittlerer* Art und Güte auszuwählen, wozu eine das Interesse jedes Theils wahrende Auslegung der Unbestimmtheit einer solchen Verbindlichkeit nothwendig führt, und wobei es in der Natur der Sache begründet ist, daß auch auf die Absicht der Betheiligten und auf den Zweck der Leistung Rücksicht genommen werden. (**Art. 263**.)

Zweites Buch.

Von den Schuldverhältnissen im Besonderen.

Erstes Hauptstück.

Kaufvertrag.

Erste Abtheilung.

Begriff und Erfordernisse des Kaufvertrages.

Die im **Art. 264** aufgestellte Begriffsbestimmung setzt die Wesenheit des Kaufvertrages darein, daß der Verkäufer sich gegen die Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, die verkaufte Sache dem Käufer zu übereignen, ihm das verkaufte Recht zu übertragen, während das römische Recht die Verpflichtung des Verkäufers darauf beschränkt, daß er dem Käufer den Kaufgegenstand übergebe und für die Eviktion hafte. Die neueren Gesetzgebungen verwerfen durchgängig diese römische Auffassung, als dem Leben nicht entsprechend. Der Käufer will Eigenthümer des Kaufgegenstandes werden; es genügt ihm nicht, daß ihm Ansprüche auf Ersatzleistung gesichert seyen für den Fall, daß die ihm übergebene Sache eines Dritten von diesem entzogen wird. Die strengere Anforderung, welche das Gesetz in diesem Sinne an den Verkäufer stellt, kann nach dem Systeme des Entwurfes kein Bedenken finden, welches durch das dem Sachenrechte zu Grunde gelegte Institut des Grund- und Hypothekenbuches für die Eigenthumsverhältnisse an Liegenschaften die größtmögliche Sicherheit und Klarheit darbietet, während es die Vindikation beweglicher Sachen beschränkt.

In Betreff des Gegenstandes des Kaufvertrages läßt der **Art. 267** volle Freiheit. Ausgeschlossen sind nur solche Sachen und Rechte, welche überhaupt einer Veräußerung nicht fähig sind.

Bei dem Kaufvertrage über eine künftige Sache kann die Absicht der Kontrahenten entweder dahin gerichtet seyn, daß das Geschäft nur in der Voraussetzung wirksam werden soll, wenn die Sache zum Daseyn kommen werde, oder dahin, daß der Käufer die Ungewißheit hierüber auf seine Gefahr nimmt, und sich zur Zahl-

ung des Kaufpreises auch für den Fall verpflichtet, daß die Sache nicht zum Daseyn kommen würde. Ein solcher unbedingter Kauf einer bloßen Hoffnung kann im Zweifel nur dann angenommen werden, wenn es nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ungewiß ist, ob die Sache überhaupt zum Daseyn kommen werde. Ist dagegen nach den gewöhnlichen Verhältnissen die Entstehung der Sache mit Sicherheit anzunehmen, so wird nur ein bedingter Kauf präsumirt. **(Art. 268 u. 269.)** Wurde bei der Abschließung des Vertrages davon ausgegangen, daß über den Kaufgegenstand ein Streit mit einem Dritten bestehe, so wird ebenfalls angenommen, daß sich der Käufer der in der Ungewißheit des Ausganges liegenden Gefahr unterziehen wolle, wenn hierüber im Vertrage nicht besondere Verabredung getroffen ist. **(Art. 270.)**

Hinsichtlich der Frage, ob der Umstand, daß dem Verkäufer kein Verfügungsrecht über die Sache zusteht, an und für sich die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehe, folgt der Entwurf dem Systeme des gemeinen Rechts. Wenn das französische Gesetzbuch, Art. 1599, einen solchen Kaufvertrag für ungiltig erklärt, so hängt dieses mit seinem ganzen Systeme zusammen, namentlich mit der Bestimmung des Art. 1583, daß der Abschluß des Vertrages sofort den Uebergang des Eigenthums an den Käufer bewirkt, was nothwendig das Dispositionsrecht des Verkäufers voraussetzt. Der Entwurf setzt die Wesenheit des Kaufes in die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigenthum an dem Kaufsgegenstande zu übertragen. Diese Verpflichtung kann erfüllt werden, wenn dem Verkäufer auch zur Zeit des Vertragsabschlusses kein Verfügungsrecht zusteht. Auch von dem praktischen Standpunkte erscheint jene Strenge des französischen Gesetzes unnöthig im Hinblicke auf die Sicherheit, welche dem Käufer durch die Grundsätze über die Wirksamkeit der Publizität des Grund- und Hypothekenbuches und über die Gewährschaft gegeben ist; wobei noch außerdem die Bestimmung des Art. 107 in Betracht kommt.

Dieses gilt insbesondere von dem Falle, wenn beiden Kontrahenten der Mangel der Dispositionsbefugniß des Verkäufers unbekannt war. Einer besonderen Bestimmung über die Giltigkeit und Wirksamkeit eines solchen Kaufes bedurfte es nicht, sie geht unzweifelhaft aus der allgemeinen Fassung des **Art. 267** sowie aus der Begriffsbestimmung des Art. 264 hervor. Besondere Bestimmungen sind aber geboten für die Voraussetzung, daß einer der Contrahenten oder beide jenen Mangel kannten. Hat der Verkäufer geglaubt, seine eigene Sache zu verkaufen, während dem Käufer das Gegentheil bekannt war, so wäre es unbillig, jenem die aus dem Kaufe hervorgehenden Verpflichtungen zuzumuthen, wenn er sich zur Festhaltung des Vertrages nicht freiwillig versteht, während der Käufer, wenn der Kauf zum Vollzuge gelangt ist, aus der später erfolgten Entwährung keinen Anspruch begründen kann, da er sich derselben wissentlich und muthwillig ausgesetzt hat. **(Art. 271.)** Das entgegengesetzte Verhältniß tritt alsdann ein, wenn jener Mangel dem Verkäufer bekannt, dem Käufer aber unbekannt war. Hier muß es in die Wahl des letzteren gestellt werden, auf dem Vollzuge des Vertrages zu bestehen oder sofort dessen Lösung zu verlangen, ohne

erst die Geltendmachung der Rechte des wahren Eigenthümers abzuwarten. **(Art. 272.)** Haben beide Kontrahenten gewußt, daß die Sache Eigenthum eines Dritten sey, so kann füglich angenommen werden, daß dadurch nur die Verpflichtung des Verkäufers begründet werden sollte, die den Vollzug des Vertrages bedingenden Handlungen des Eigenthümers herbeizuführen, wobei die Unterscheidungen der Art. 35 und 36 maßgebend sind. Es liegt darin kein eigentlicher Kauf, wohl aber der im Art. 37 bezeichnete, immerhin bindende Vertrag. Die Kontrahenten können jedoch den künftigen Eigenthumserwerb von Seite des Verkäufers ausdrücklich als Bedingung des Vertrages aufstellen. Alsdann gestaltet sich derselbe einfach zum bedingten Kaufvertrage. **(Art. 273.)** Da in dem Kaufvertrage wesentlich die Verpflichtung des Verkäufers liegt, das Eigenthum der Sache auf den Käufer zu übertragen, so muß dem Vertrage alle Wirksamkeit abgesprochen werden, wenn die Sache sich bereits im Eigenthum des Käufers befindet, mithin eine Uebertragung nicht möglich ist. **(Art. 274.)**

Zu den wesentlichen Merkmalen des Kaufvertrages gehört die Festsetzung des Kaufpreises in Geld, wobei übrigens eine indirekte Bestimmung der Summe nach den für alle Schuldverträge aufgestellten Vorschriften nicht ausgeschlossen ist. **(Art. 275—277.)** Bildet eine andere Sache als Geld das Aequivalent, — Waare gegen Waare, — so ist dieses ein Tauschvertrag. Die Grenze zwischen beiden Arten von Verträgen ist in den **Art. 265** u. **266** bezeichnet.

Eine indirekte Festsetzung des Kaufpreises kömmt bei Gegenständen des gewöhnlichen Marktverkehrs sehr häufig in der Art vor, daß nach dem Marktpreise verkauft wird. Dergleichen Verabredungen lassen mitunter darüber, welcher Marktpreis gemeint ist, eine mehrfache Deutung zu und es erscheint sachgemäß, deßfalls die erforderlichen, den Verkehrsverhältnissen entsprechenden Anhaltspunkte aufzustellen. **(Art. 276.)**

Bei den Bestimmungen über den Kaufpreis erhebt sich die weitere Frage, ob es zweckmäßig ist, der allzugroßen Ungleichheit zwischen dem Preise und dem wahren Werthe des Kaufgegenstandes gewisse Schranken zu setzen. Der Natur der Sache nach soll, soferne nicht in freigebiger Absicht ein Freundeskauf geschlossen ist, der eine das Aequivalent des andern seyn. Man ist daher zu der Annahme versucht, daß eine auffallende Ungleichheit zwischen beiden wohl nur durch Irrthum über den wahren Werth des Kaufgegenstandes oder durch den Drang der Umstände veranlaßt seyn müsse, welche den benachtheiligten Käufer oder Verkäufer zum Abschlusse des ungleichen Vertrages gezwungen haben. Die meisten Gesetzgebungen gestatten deshalb dem Verkäufer oder dem Käufer oder auch beiden, vom Vertrage zurückzutreten, wenn jene Ungleichheit ein gewisses Maaß übersteigt. Der praktische Erfolg spricht dieser legislativen Fürsorge kein besonderes Lob. Die angebliche enorme Läsion dient häufig nur zum Deckmantel, um die Zahlung eines vollkommen angemessenen Kaufpreises hinauszuschieben, oder dem Gegner Opfer abzudrängen, durch welche er sich von der Durchführung eines mit Begutachtung von Sachverständigen rc. verbundenen weitaussehenden Prozesses loszukaufen bewogen wird. Mit den allgemeinen Rechtsgrund-

sätzen ist es aber schwer, jenes System in Uebereinstimmung zu bringen. Kein Kaufgegenstand hat einen absoluten Werth. Dieser bestimmt sich durch die Verkehrsverhältnisse, das Bedürfniß, die Liebhaberei, den Markt. Inwieweit Irrthum, Betrug oder Zwang geeignet sind, die Umstoßung des Vertrages zu begründen, muß nach den darüber im Allgemeinen geltenden Vorschriften (vgl. Thl. I. Art. 20 ff.) beurtheilt werden. Ein bloßer Irrthum über den Werth des Vertragsobjektes verdient hier ebensowenig Beachtung als bei anderen Rechtsgeschäften. Es kann den Kontrahenten unbedenklich zugemuthet werden, daß sie sich hierüber vor dem Abschlusse des Kaufes gehörig vorsehen. Die besonderen Verhältnisse eines Kontrahenten, welche ihn zur Eingehung eines unvortheilhaften Geschäftes veranlassen, vermögen gleichfalls nicht einen Angriff auf dasselbe zu rechtfertigen, — am allerwenigsten zu Gunsten des Käufers. Selbst gegen die gewinnsüchtige Benützung eines Nothstandes von Seiten des Mitkontrahenten kann das Gesetz schon darum keinen ausreichenden Schutz gewähren, weil es die vorläufige Verzichtleistung auf die Läsionsklage nicht wohl ausschließen kann. Hiezu kömmt endlich die Betrachtung, daß dergleichen Beschränkungen nicht mehr zu der großen Ausdehnung passen, welche der Verkehr in allen Richtungen erlangt hat, sowie zu den leichten und wohlfeilen Mitteln, welche nach den heutigen Verhältnissen dem Auffinden von Verkaufs- oder Kaufslustigen dargeboten und daß die bezweckten Vortheile bei weitem durch die Sicherheit des Eigenthums aufgewogen werden, welche wesentlich gefördert wird, wenn man auch bei dem Kaufvertrage bei den allgemeinen Grundsätzen stehen bleibt.

Ueber die Form des Kaufvertrages im Allgemeinen waren besondere Vorschriften nicht aufzustellen. Der Vertrag ist perfekt, bindend für beide Theile, sobald sie ihre Willenseinigung über die wesentlichen Bestandtheile desselben, den Kaufgegenstand und den Preis, erklärt haben. **(Art. 278.)** Hiemit ist die Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer nicht zu verwechseln. Sie bildet die Vollziehung der Hauptverbindlichkeit des Verkäufers und unterliegt den im III. Theile hierüber festzusetzenden Bestimmungen. Aber selbst für die Perfektion des Kaufvertrages fordert der **Art. 279** im Zusammenhange mit jenen Bestimmungen die Form der öffentlichen Beurkundung, wenn unbewegliche Sachen oder Rechte an solchen den Gegenstand des Vertrages bilden. Alle diese Anordnungen rechtfertigen sich durch das immer allgemeiner anerkannte Bedürfniß, den das liegenschaftliche Eigenthum betreffenden Rechtsverhältnissen die größtmögliche Sicherheit und Klarheit zu verschaffen.

Hinsichtlich der Auslegung des Kaufvertrages kommen im Allgemeinen die im I. Theile, Art. 72—79, aufgestellten Grundsätze zur Anwendung. Nach der Regel des Art. 77, daß zweiseitige Rechtsgeschäfte, in Ermangelung anderer Anhaltspunkte, zum Nachtheile desjenigen Theiles ausgelegt werden sollen, in dessen Interesse es gelegen hätte, eine klarere Ausdrucksweise zu bewirken, wird daher eine Unklarheit in Betreff des Kaufpreises und anderer Leistungen des Käufers gegen den Verkäufer zu interpretiren seyn, weil dieser darauf seine Ansprüche gegen den Käufer zu begründen hat. Was die Bezeichnung des Kaufgegenstandes,

seines Umfanges, seiner Zubehörungen, seiner Eigenschaften und Verhältnisse anbelangt, so bildet sie die Grundlage der Ansprüche des Käufers, sein Interesse ist daher zunächst dabei betheiliget, daß hierüber kein Zweifel obwalten könne. Dennoch verfügen das gemeine Recht und neuere Gesetzgebungen, daß auch hierin die Auslegung des Vertrages im Zweifel gegen den Verkäufer zu richten sey. Es beruht dieses auf der Betrachtung, daß der Verkäufer den Gegenstand nach allen seinen Beziehungen kennt, und daß deshalb ohne Unbilligkeit von ihm verlangt werden kann, daß er den Zweifeln, welche sich über den Sinn des Vertrages in dieser Beziehung erheben können, durch deutliche Fassung desselben zuvorkomme, was dem Käufer oft nicht möglich ist. Der Entwurf folgt diesen Vorbildern. **(Art. 280.)**

Zweite Abtheilung.

Wirkungen des Kaufvertrages.

1) Verpflichtungen des Käufers.

Die Verpflichtung des Käufers besteht in der Zahlung des Kaufpreises. Die synallagmatische Natur dieses Rechtsgeschäftes bringt es aber mit sich, daß der Käufer dazu nur gegen die Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflicht der Uebereignung der Sache verbunden ist. Damit hängt es auch zusammen, daß hier die Regel des Art. 100, wonach Geldzahlungen am Wohnorte des Gläubigers zu leisten sind, keine Anwendung findet, wenn die Uebereignung an einem andern Orte zu geschehen hat **(Art. 281.)**

Der **Art. 282** läßt die Gefahr des den Kaufgegenstand treffenden Zufalles auf den Käufer nicht mit der Perfektion des Vertrags, sondern, gleich anderen neueren Gesetzgebungen, mit der Besitzübertragung der Sache an den Käufer, bei unbeweglichen Sachen auch schon mit der Umschreibung im öffentlichen Buche, übergehen. Nach dem Systeme des Entwurfes bewirkt die Perfektion des Vertrages nicht sofort, wie nach franz. Rechte (Art. 1583), den Uebergang des Eigenthums der Sache an den Käufer. Sie begründet nur die Verbindlichkeit für den Verkäufer, das Eigenthum und den Besitz auf den Käufer zu übertragen. Vermag er dieses nicht, weil die Sache vorher zu Grunde geht, so ist er nach den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen wohl von seiner Verbindlichkeit befreit, er hat aber keinen Anspruch auf die Gegenleistung und muß das Empfangene zurückerstatten. (Vgl. Art. 294.)

Weitere hiemit zusammenhängende Fragen finden in den vorangehenden allgemeinen Grundsätzen ihre genügende Lösung. So bedurfte es keiner besonderen Bestimmung über den Fall, wenn für die Vollziehung des Kaufvertrages keine Frist festgesetzt, oder die festgesetzte Frist abgelaufen ist, und der Käufer auf das Anerbieten des Verkäufers ihm die Sache gegen Zahlung des Preises zu übertragen, sich eines Verzuges schuldig macht. Der Käufer ist hinsichtlich seines Anspruches auf Ueber-

tragung der Sache Gläubiger (Art. 1 Abs. 2), es trifft ihn daher in solchem Falle die Bestimmung des Art. 134.

Ist über die Verzinsung des Kaufschillings keine Verabredung getroffen, dem Käufer durch den Vertrag keine Zahlungsfrist gestattet, noch auch die Annahme einer stillschweigenden unverzinslichen Fristgestattung durch die Sitte begründet, wie dieses bei manchen Gegenständen des täglichen Verkehrs der Fall ist, so kann dem Käufer ohne Unbilligkeit die Entrichtung von Zinsen auferlegt werden, wenn er in den Genuß der Sache gesetzt wird, ohne seine Verbindlichkeit zu erfüllen, sollte er auch nicht durch die Zahlungsanforderung des Verkäufers in Verzug gesetzt worden seyn. Der **Art. 283** macht diese Zinspflicht nicht, wie es anderwärts geschieht, von der Voraussetzung abhängig, daß die übertragene Sache eine fruchtbringende sey, weil alsdann die Zinsen als Aequivalent des dem Käufer durch den Fruchtgenuß erwachsenden Nutzens zu betrachten seyen, während in anderen Fällen ein Rechtsgrund zur Verzinsung ebensowenig gegeben sey, als bei einem ohne Zinsversprechen gegebenen Darlehen. Konsequent verfolgt, würde diese Ansicht das praktisch unausführbare Resultat ergeben, daß der Betrag der zu entrichtenden Zinsen auf das Maß des dem Käufer durch den Genuß der Sache ermöglichten Gewinnes zurückgeführt werden müßte. Jene Ansicht kann aber überhaupt nicht zum Ausgangspunkte dienen. Mag der Werth des auf den Käufer übergegangenen, dem Verkäufer hinfort entzogenen Genusses in einem Früchtebezuge oder in anderen Vortheilen und Annehmlichkeiten bestehen, so hat der Verkäufer immerhin einen Anspruch auf ein entsprechendes Aequivalent für die hingegebene Sache, welches er in der Verwerthung der ihm zugesagten Kaufsumme hätte finden sollen.

Selbst alsdann, wenn der Verkäufer seiner nächsten Verpflichtung der Uebereignung des Kaufgegenstandes an den Käufer Genüge geleistet hat, kann dem letzteren doch die Zahlung des Kaufpreises nicht zugemuthet werden, wenn dringende Gefahr vorhanden ist, daß ihm die Sache wieder von einem Dritten entzogen werde, sey dieses in Folge einer dieselbe belastenden Hypothek, oder in Folge des von einem Dritten vor Gericht erhobenen Anspruches auf das Eigenthum oder den Genuß des Kaufgegenstandes. **(Art. 284—286.)** Ist der Gegenstand der Hypothek eine persönliche Schuld des Verkäufers, so besteht die einfachste und gewöhnliche Erledigung des Verhältnisses darin, daß der Käufer die Befriedigung des Gläubigers übernimmt, und der Verkäufer sich den Betrag derselben am Kaufpreise abziehen läßt. Eine solche Schuldübernahme kann daher füglich als Regel aufgestellt werden. Solange aber der Gläubiger den Käufer nicht als neuen Schuldner an der Stelle des Verkäufers angenommen hat, bleibt diesem das Interesse, von seiner persönlichen Verpflichtung gegen den Gläubiger befreit zu werden, indem er selbst die Schuld bezahlt, wodurch sodann der Grund zur Zurückhaltung oder zum Abzuge des betreffenden Theiles des Kaufpreises beseitiget ist. —

2. Verpflichtungen des Verkäufers.

a. Allgemeine Bestimmungen.

Die Verpflichtungen des Verkäufers sind dreifacher Art:

1) Er muß die verkaufte Sache in der vertragsmäßigen Größe und Beschaffenheit sammt ihren Zubehörungen dem Käufer übereignen.

2) Der Verkäufer haftet dafür, daß die Sache dem Käufer nicht ganz oder theilweise aus einem zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorhandenen Rechtsgrunde entzogen werde.

3) Man muß im Allgemeinen davon ausgehen, daß die Kontrahenten den Zustand im Auge haben, in welchem sich die Sache bei dem Kaufsabschlusse befindet, daß der Käufer aber voraussetzt, dieselbe sey nicht mit solchen Fehlern und Mängeln behaftet, welche ihre Brauchbarkeit oder ihren Werth für ihn aufheben oder in erheblichem Grade mindern. Auch hiefür, sowie für die besonderen Eigenschaften und Vorzüge, welche im Vertrage ausdrücklich bedungen werden, hat der Verkäufer zu haften.

Was nun die erste dieser Verpflichtungen anbelangt, so ergeben sich bei dem Kaufe von Grundstücken mitunter Schwierigkeiten wegen unrichtiger Angabe ihres Maßes im Kaufvertrage. Die hierüber in den **Art. 288—290** aufgestellten Regeln folgen im Wesentlichen dem französischen Civilgesetzbuche. Sie gehen von dem doppelten Gesichtspunkte aus, daß kleine Unrichtigkeiten der Maßbestimmung nicht beachtet werden sollen, daß aber bei erheblicheren eine größere Strenge gegen den Verkäufer geboten ist, von welchem auch in dieser Hinsicht verlangt werden kann, daß er solche der Wirklichkeit nicht entsprechende Angaben und Zusagen vermeide.

Den vorangehenden Bestimmungen des Entwurfes, daß der Kaufgegenstand dem Käufer in dem Zustande zu übereignen ist, in welchem er sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand, und daß der Verkäufer bis zur Tradition die Gefahr des die Sache treffenden Zufalles zu tragen hat, — steht der Grundsatz gegenüber, daß der sich bis zu diesem Zeitpunkte ergebende Zuwachs und die Früchte, welche der Verkäufer bis dahin perzipirt, sein Eigenthum werden, womit zugleich schwierige Liquidationen beseitiget sind. **(Art. 293.)** Ebenso sind den hinsichtlich der Verpflichtungen des Käufers aufgestellten Grundsätzen (Art. 281, 284 bis 286) die Bestimmungen des **Art. 294** analog, wonach der Verkäufer in der Regel zur Vollziehung des Vertrages seinerseits nur gegen Zahlung des Kaufpreises, und selbst wenn diese nach der Vertragsabrede erst später erfolgen sollte, der Verlust des Preises aber durch den eingetretenen Vermögensverfall des Käufers in Aussicht gestellt ist, nur gegen Sicherheitsleistung verpflichtet ist.

In der Regel hat die Uebergabe der verkauften Sache an dem Orte zu geschehen, wo sich dieselbe zur Zeit des Vertragsabschlusses befindet. Bei beweglichen Sachen wird aber manchmal anstatt der unmittelbaren Uebergabe die Zusendung an den Käufer verabredet, oder auch ohne Vertragsbestimmung findet der Käufer diese seinem Interesse angemessen. Ueber die Schwierigkeiten, welche sich

in solchen Fällen in Betreff der dem Verkäufer obliegenden Sorgfalt und der Haftung für die Gefahr erheben können, welche die Versendung mit sich führt, hat der Entwurf des deutsch. Handelsgesetzbuches (Art. 321) Fürsorge getroffen. Jene Bestimmungen können unbedenklich auch auf Geschäfte dieser Art, welche nicht in das Gebiet des Handelsrechtes fallen, ihre Anwendung finden, sie sind deshalb in den **Art. 295** aufgenommen. Ebenso folgt der **Art. 296** dem Vorbilde des genannten Entwurfes hinsichtlich der Gefahr der Uebersendung in dem Falle, wenn der Vertrag an dem Orte, wohin die verkaufte Sache zu übersenden ist, erfüllt werden soll.

Der Verkäufer ist zur Eigenthumsübertragung an den Käufer verpflichtet. Sind mit der Erfüllung dieser Verpflichtung Kosten verbunden, so fallen sie auf den Verkäufer **(Art. 297)**, womit jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß die Parteien diese Kosten dem Käufer zuweisen, sey es durch ausdrückliche Vertragsbestimmung oder durch stillschweigende Uebereinkunft, wenn der Ortsgebrauch solches mit sich bringt, was insbesondere in Betreff des Messens oder Wägens von Früchten an manchen Marktorten der Fall ist. Auf die weiteren Kosten, welche mit der Uebernahme oder mit der Wegschaffung der Sache und mit der Verfügung des Käufers über dieselbe verbunden sind, erstreckt sich diese Verpflichtung des Verkäufers nicht.

b. Besondere Verbindlichkeiten wegen Entwährung.

Die Verpflichtung zur Evictionsleistung kömmt nicht ausschließlich beim Kaufe (und Tausche), sondern auch bei anderen Rechtsgeschäften vor; dieser Gegenstand hätte daher auch im allgemeinen Theile des Obligationenrechtes Platz finden können. Es wurde aber vorgezogen, ihn hier zu behandeln, wegen seines innigen Zusammenhanges mit den Grundsätzen des Kaufvertrages und seiner besonderen praktischen Bedeutung für diesen.

Zur Begründung der Haftungspflicht des Verkäufers wegen gänzlicher oder theilweiser Entziehung des Eigenthums der gekauften Sache oder Schmälerung desselben durch dingliche Rechte, welche einem Dritten zustehen, **(Art. 298 u. 299)**, genügt es nicht, daß der Dritte einen Anspruch auf die Sache erhoben hat. Der Käufer muß in solchem Falle vor Allem sein erworbenes Recht selbst vertheidigen und den Verkäufer in den Fall setzen, ihm hierin beizustehen **(Art. 306)**, und es muß vom Richter entschieden seyn, daß der Anspruch begründet sey. Läßt es der Käufer hierauf nicht ankommen, indem er dafür hält, daß die Vertheidigung vergeblich seyn würde, so liegt ihm der Beweis der Begründung des erhobenen Anspruches ob. **(Art. 314 Abs. 1.)** Die Nothwendigkeit dieser Beweisführung (im Falle des Widerspruches des Verkäufers) tritt auch alsdann ein, wenn Käufer und Anspruchsberechtigter in Folge eingetretenen Erbganges in einer Person zusammentreffen, mithin von einem Rechtsstreite keine Rede seyn kann **(Art. 308 Abs. 2)** und ebenso **(Art. 307)**, wenn der Käufer dem Verkäufer den Streit zu verkündigen unterlassen hat. Mit dieser Unterlassung den Verlust des Anspruches auf Gewährleistung zu verbinden, würde zu weit gehen;

denn wenn es auch als eine Unbilligkeit erscheinen würde, mit dem Pr. LR. I. XI. §. 145 und dem französischen Civil-G.-B. Art. 1640, in diesem Falle dem Verkäufer den Beweis aufzulegen, daß der Eviktionsanspruch von ihm hätte abgewendet werden können, so kann doch anderseits auch derjenige Käufer, welcher den Prozeß allein unternommen hat, nicht schlechter gestellt werden, als derjenige, der ihn gar nicht unternimmt.

Außer der rechtlichen Begründung des Anspruches wird ferner vorausgesetzt, daß der Käufer das Daseyn des betreffenden Verhältnisses bei der Abschließung des Kaufvertrages nicht gekannt habe, weil sonst angenommen werden muß, daß er die daraus hervorgehende Gefahr der Entwährung auf sich genommen habe. In dieser Beziehung kommt insbesondere die Publicität des Gr.- und Hyp.-Buches in Betracht. **(Art. 300.)** Die Haftung des Verkäufers wegen Entwährung ist ein rein obligatorisches Verhältniß, welches durch die weitere Veräußerung des Kaufgegenstandes auf den neuen Erwerber nicht übergeht, wenn der Berechtigte diesem nicht seine Rechte auf Gewährleistung abgetreten hat. (Art. 309.) Ebenso ist die Theilbarkeit jener Haftungsverbindlichkeit unter mehrere Verkäufer nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. **(Art. 302.)** Einer besonderen Anordnung bedarf der Fall, wenn nicht der Eigenthümer selbst, sondern sein hiezu berechtigter Gläubiger die Sache verkauft oder die gerichtliche Versteigerung derselben erwirkt. Der Gläubiger wird nicht Eigenthümer des Pfand- oder Eviktionsobjektes; er erwirkt vielmehr nur die Ausübung des im Eigenthume liegenden Veräußerungsrechtes zu dem Zwecke der Befriedigung für sein Guthaben aus dem Erlöse, durch welche zugleich mittelst der Liberation des Eigenthümers von seiner Schuld der Kaufpreis diesem zugewendet wird. Der Eigenthümer kann also auch hier allein der Haftung für die Entwährung unterworfen seyn, — vorausgesetzt, daß der Gläubiger sich nicht selbst einer dolosen Handlungsweise schuldig macht. **(Art. 304.)**

Der Verlust des Käufers, zu dessen Ersatz der Verkäufer in Folge der Entwährung verpflichtet ist, besteht zunächst in dem Entgange des Kaufobjektes, somit in dem Werthe, welchen dieses zur Zeit der Entwährung sowohl an sich als auch nach den vorliegenden besonderen Verhältnissen darbietet. Außerdem gehen dem Käufer die Kosten zu Verluste, welche für ihn mit dem Kaufabschlusse verbunden waren, so wie diejenigen, welche der von dem dritten Berechtigten erhobene Rechtsstreit verursacht hat. **(Art. 309 Nr. 1—3.)**

Die Entziehung des Kaufobjektes ist aber unter Umständen noch mit anderweitem Vermögensverluste für den Käufer verbunden. Ein solcher Verlust kann jedoch nicht als unmittelbare Folge der Nichterfüllung der Vertragsverbindlichkeit des Verkäufers betrachtet werden und begründet daher für diesen keine Ersatzpflicht, es wäre denn, daß er den Grund der Entwährung gekannt hat, somit wissentlich den Käufer der Gefahr des Verlustes ausgesetzt hätte. **(Art. 309 Nr. 4.)** Da die Ersatzforderung des Käufers zufolge **Art. 309 Nr. 1** sich nach dem Werthe bemißt, welchen die Sache zur Zeit der Entwährung hatte, somit auch die Werthserhöhung umfaßt, welchen dieselbe durch die Verwendungen

und Verbesserungen des Käufers erlangt hat, auf der andern Seite aber hieraus Forderungen gegen den vindizirenden Eigenthümer begründet werden, so würde der Käufer sich zum Nachtheile des Ersatzpflichtigen bereichert finden, wenn nicht das, was er von dem Dritten empfängt, bei der Berechnung der Entschädigungssumme in Ansatz gebracht würde. **(Art. 310.)**

Im Falle einer theilweisen Entwährung muß es dem Käufer freigestellt werden, die Auflösung des ganzen Kaufgeschäftes zu verlangen, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß er die Sache überhaupt nicht gekauft haben würde, falls er jene theilweise Entwährung vorausgesehen hätte. Bleibt dagegen der Vertrag in Betreff des nichtentwährten Theiles aufrecht, so reduzirt sich der Ersatzanspruch für den Kaufgegenstand und für die Kosten des Vertrags in gleichem Verhältnisse. Die Ansprüche auf den vollen Ersatz der durch die Entwährung entstandenen Kosten, sowie der im Art. 309 Nr. 4 bezeichnete eventuelle Ersatzanspruch wegen anderweiten Vermögensverlustes erleiden dagegen durch die Beschränkung der Entwährung auf einen Theil des Kaufgegenstandes keine Minderung. **(Art. 317.)** Ist einmal der Anspruch des Käufers durch die erfolgte Entwährung begründet und dadurch ein neues Rechtsverhältniß an die Stelle des ursprünglichen getreten, so kann es dem Gewährschaftspflichtigen nicht zustehen, gegen den Willen des Berechtigten auf dieses zurückzukommen, wenn es ihm später gelingen sollte, demselben den entwährten Gegenstand wieder zu verschaffen. **(Art. 312.)** Der **Art. 313** setzt eine dem eigenthümlichen Verhältnisse der Gewährschaftsklage entsprechende kurze Verjährungsfrist fest.

Einige besondere Bestimmungen sind endlich für den Fall erforderlich, wenn der Käufer in Folge einer von ihm nicht übernommenen Hypothekschuld das Kaufobjekt verliert, oder zur Abwendung der hypothekarischen Verfolgung die Schuld bezahlt. **(Art. 314—316.)** Insbesondere gesteht der **Art. 315** dem Käufer im Falle der Abtretung der Sache an den Hypothekgläubiger an Zahlungsstatt den Anspruch auf Ersatz des vollen Schuldbetrages gegen den zur Zahlung persönlich Verpflichteten zu, weil diese Abtretung einem Verkaufe der Sache um jenen Betrag gleichgestellt (l. 4. Cod. de evict.), und dem Käufer füglich gestattet werden kann, in die Stelle des befriedigten Gläubigers einzutreten.

c. Gewähr der Mängel und Fehler.

Die Haftung des Verkäufers in Betreff der Eigenschaften der verkauften Sache ist von zweifacher Art Der Käufer hat Anspruch darauf, daß die Sache nicht mit Mängeln oder Fehlern behaftet sey, welche ihre Brauchbarkeit oder ihren Werth für ihn aufheben oder in erheblichem Grade mindern, vorausgesetzt, daß er diese Mängel bei dem Vertragsabschlusse nicht gekannt hat, und daß sie auch nicht dergestalt in die Augen fielen, um bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit von ihm erkannt werden zu können; denn, wenn dieses der Fall war, so muß angenommen werden, daß der Käufer auf die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache bei dem Vertragsabschlusse Rücksicht genommen habe. Auf der andern Seite kann die Unkenntniß des Verkäufers in Betreff der verborgenen Fehler die Haftungsverbind-

lichkeit desselben nicht beseitigen. Es genügt, daß seine Vertragspflicht in Betreff der Beschaffenheit des Kaufobjektes nicht erfüllt ist, um den Anspruch des Käufers zu begründen. Außer dieser allgemeinen Haftungsverbindlichkeit des Verkäufers können aber durch den Vertrag besondere Eigenschaften und Vorzüge der Sache oder derselben zustehende Rechte dem Käufer zugesichert werden, für deren Daseyn der Verkäufer alsdann ebenfalls in Folge dieser besonderen Verpflichtung zu haften hat. **(Art. 317 u. 318.)** Entspricht das Kaufobjekt diesen Anforderungen nicht, so kann der Käufer, wenn er dasselbe dennoch behalten will, eine verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises verlangen. Damit ist aber seinem Interesse in vielen Fällen nicht Genüge geleistet; es muß ihm daher freistehen, mittelst der Wandlungsklage die Aufhebung des Vertrags selbst zu verlangen. **(Art. 319.)** Dieses Wahlrecht ist seiner Natur nach untheilbar; seine Ausübung modifizirt sich daher in Fällen, wo mehrere bei derselben betheiliget sind, und das Kaufobjekt ein nicht nach körperlichen Theilen ausgeschiedenes Ganzes bildet. **(Art. 320 u. 321.)**

Was nun insbesondere die Wandlung anbelangt, so bietet sich hinsichtlich ihrer objektiven Ausdehnung als Gegenstand legislativer Anordnung vor Allem der Fall dar, daß der Kaufvertrag mehrere Sachen begreift, von welchen nur die eine oder die andere mangelhaft ist. Hier muß als Regel aufgestellt werden, daß die Wandlung sich auf die mangelhafte Sache beschränkt. Dieses ist jedoch alsdann nicht thunlich, wenn die mangelhafte Sache nicht einen besonderen Kaufgegenstand bildet, sondern mit den übrigen um einen Gesammtpreis verkauft ist, oder wenn die verschiedenen Sachen bei dem Kaufe als eine zusammengehörige Einheit betrachtet worden sind, und wenn außerdem eine Trennung zum erheblichen Nachtheile des Käufers gereichen würde, oder wenn die Gesammtsache wegen Mangelhaftigkeit des einzelnen dazu gehörigen Gegenstandes unbrauchbar oder in ihrem Werthe erheblich vermindert wird. Tritt keine dieser Voraussetzungen ein, so kann die Wandlung füglich auf die mangelhafte Sache beschränkt werden, indem das Werthverhältniß derselben zu dem gesammten Kaufgegenstande durch Schätzung ausgemittelt wird. **(Art. 321.)** Aber selbst wenn für mehrere im Kaufe begriffene Sachen gesonderte Preise festgesetzt sind, ist die Trennung unstatthaft, wenn dieselben in dem Verhältnisse von Haupt- und Nebensache stehen und die Wandlung die Hauptsache trifft, weil alsdann die fehlerfreie Sache wegen ihrer accessorischen Natur das rechtliche Schicksal der Hauptsache nothwendig theilt. **(Art. 322.)** Wenn die fehlerhafte Sache vor der Geltendmachung der Wandlung zu Grunde geht, so ist zu unterscheiden, ob dieses die Folge des Mangels selbst war oder eines Zufalles oder der Verschuldung des Käufers. In dem ersten Falle kann der Käufer mittelst der Wandlungsklage die Auflösung des Vertrages, Rückgabe des Kaufpreises ꝛc. verlangen, obgleich er nicht im Stande ist, die Sache zurückzugeben, weil dieses dem Verkäufer selbst zuzuschreiben ist. **(Art. 323.)** Hinwieder kann der Käufer keinen Anspruch aus der fehlerhaften Beschaffenheit der Sache herleiten, wenn er selbst verschuldet hat, daß dieselbe nicht mehr existirt. **(Art. 325.)** Ist aber die Sache ohne Verschulden des einen

oder des anderen durch Zufall untergegangen oder entkommen, so fällt wohl die Wandlungsklage hinweg, nicht aber der Anspruch des Käufers auf Minderung des Kaufpreises, zu deren Begründung es genügt, daß die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes der vertragsmäßigen Verbindlichkeit des Verkäufers nicht entsprach. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn die Wandlung deßhalb unmöglich geworden ist, weil die Sache in solcher Weise umgestaltet wurde, daß sie nicht in die vorige Form zurückgebracht werden kann. **(Art. 324.)**

Die Wirkungen der Wandlung sind aus dem Gesichtspunkte zu bemessen, daß durch dieselbe der Veräußerungsvertrag aufgehoben und alles in die rechtliche Lage zurückgebracht wird, in welcher sich die Parteien in Bezug auf den Kaufgegenstand befunden haben würden, wenn die Veräußerung nicht stattgefunden hätte. Die sich hieraus nothwendig ergebenden Rechte und Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers sind in den **Art. 326—328** entwickelt. Außer diesen allgemeinen Folgen des durch die Wandlung eintretenden Rechtsverhältnisses trifft den Verkäufer in Anwendung der allgemeinen Grundsätze über schuldhafte Beschädigung die Verpflichtung zum Ersatze des dem Käufer verursachten anderweitigen Schadens in dem Falle, daß der Verkäufer die Fehlerhaftigkeit der Sache oder den Abgang der von ihm zugesagten Eigenschaften zur Zeit des Vertragsabschlusses gekannt hat (**Art. 328**), was auch bei der Minderungsklage Anwendung findet. **(Art. 331.)**

Weder die Wandlungs- noch die Minderungsklage kann Platz greifen, wenn die Veräußerung einer fehlerhaften Sache in Folge richterlicher Anordnung auf Andringen eines Gläubigers stattgefunden hat. In solchem Falle trifft den Schuldner, dessen Eigenthum in der Regel wider seinen Willen zur Versteigerung gebracht wird, kein Vorwurf. Die Sache mag schlecht oder gut seyn, er muß ihre Veräußerung zulassen. Eben so wenig könnte aus der schlechten Beschaffenheit des Exekutionsgegenstandes ein Anspruch gegen den Gläubiger begründet werden, welcher, ohne alle Rücksicht auf diese Beschaffenheit, das Recht ausübt, welches ihm, sey es vermöge des gesetzlichen allgemeinen Unterpfandsrechtes auf das gesammte Vermögen seines Schuldners, oder vermöge eines besonderen Titels zusteht. Unter diesen jedem Kauflustigen bekannten Verhältnissen ist er daher aufgefordert, sich selbst vorzusehen und jenen Mangel an Garantie bei seinen Steiggeboten in Rechnung zu ziehen. Die besonderen Rücksichten, welche in ähnlichem Falle hinsichtlich der Entwährung eine entgegengesetzte Verfügung motiviren (Art. 304), können hier nicht maßgeben. Nach dem Vorbilde anderer Gesetzgebungen die Bestimmung des **Art. 332** auf alle Käufe auszudehnen, welche in einer obrigkeitlich angeordneten Versteigerung erfolgen, wurde nicht für angemessen erachtet. Wenn namentlich eine solche Versteigerung auf das Andringen eines Miteigenthümers angeordnet wird, weil sich die gemeinschaftliche Sache nicht füglich in Natur theilen läßt, so sind es doch immerhin die sämmtlichen Miteigenthümer, welche verkaufen; die Art, wie die Veräußerung veranlaßt wurde, ist kein zureichender Grund, sie dem Käufer gegenüber von den jedem Verkäufer obliegenden Pflichten zu entheben. Der Gesichtspunkt, daß die in Mitte liegende richterliche

Autorität solches fordere, ist völlig unhaltbar und könnte zu argem Mißbrauche benützt werden.

Die Festsetzung kurzer Fristen zur Erhebung der Wandlungs- und Minderungsklage (**Art. 333**) ist durch die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs geboten. Im Falle einer arglistigen Täuschung tritt die in Thl. I. Art. 30 festgesetzte zweijährige Verjährungsfrist ein.

Zum Zwecke einer einfacheren Darstellung sind in den bisherigen Bestimmungen des Entwurfes als Objekt des Kaufvertrages nur Sachen genannt. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß sie im Allgemeinen auch dann Anwendung finden müssen, wenn der Vertrag über einen anderen Gegenstand geschlossen wird. (**Art. 335.**) Der Verkauf einer Forderung enthält nur das bindende Versprechen des Gläubigers, dem Käufer die Forderung abzutreten. Die Uebertragung der Forderung selbst ist die Erfüllung des Vertrages, — die wirkliche Uebereignung des Kaufgegenstandes. Da zu dieser Erfüllung der Verkäufer nicht verbunden ist, so lange der Käufer nicht ebenfalls durch Zahlung des Kaufpreises den Vertrag erfüllt, so kann in dem bloßen Verkaufsvertrage die Absicht, jene Uebereignung sofort zu bewirken, nicht gefunden werden; vielmehr ist eine ausdrückliche Erklärung oder eine solche besondere Thatsache erforderlich, aus welcher jene Absicht mit Sicherheit angenommen werden kann. (**Art. 337.**) Eine spezielle Bestimmung wurde für nothwendig erachtet in Betreff des Falles, wenn das Recht an einer Sache den Kaufgegenstand bildet, und der Werth dieses Rechtes durch die Mängel der Sache gemindert wird, weil die unmittelbare Anwendung der obigen Grundsätze über die Haftung des Verkäufers auf diesen Fall hätte bezweifelt werden können. (**Art. 336 u. 337.**)

Dritte Abtheilung.

Erbschaftskauf.

Die allgemeinen Grundsätze über den Kaufvertrag unterliegen vielfachen Modifikationen, wenn der Kauf über eine Erbschaft geschlossen wird. Hier bilden nicht einzelne Sachen und Rechte, selbst nicht ein Komplex von solchen, das Kaufobjekt. Der Auffassung der deutschen Gesetzgebungen folgend (Bayer. LR. IV. 4. §. 7. Nr. 9. Preuß. LR. I. 11. § 454.), betrachtet vielmehr der Entwurf dieses Rechtsgeschäft als die Uebertragung des dem Verkäufer zustehenden Rechts auf die angefallene Erbschaft in der Art, daß der Käufer aktiv und passiv an die Stelle des verkaufenden Erben eintritt, und daß alle zur Erbschaft gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie durch die Erbschaft auf den Erben gekommen sind, auf den Käufer so übergehen, als ob die Erbschaft unmittelbar diesem angefallen wäre. Die Wirksamkeit dieses Rechtsüberganges erstreckt sich auch auf die Gläubiger und Schuldner der Erbschaft, nur mit der Begrenzung, daß den ersteren dadurch keine Verkürzung ihrer Rechte zugehen darf. (**Art. 350.**)

Aus diesem Grundprinzip entwickeln sich die einzelnen Bestimmungen höchst

einfach, und es bedarf der Umwege nicht, durch welche das Römische Recht die Strenge seiner Grundsätze mit dem Bedürfnisse des Lebens zu vermitteln im Falle war. Zu den einzelnen Bestimmungen dieser Abtheilung wird Folgendes bemerkt:

Der **Art. 339** fordert zur Giltigkeit des Erbschaftskaufes die Verbriefung durch eine öffentliche Urkunde, weil bei der objektiv nicht genau begrenzten Wirksamkeit dieses Vertrages und der Wichtigkeit seiner Folgen die Einwirkung des öffentlichen Beamten nothwendig ist, theils um unüberlegte Entäußerungen zu verhüten, theils aber die wahre Absicht der Kontrahenten vollkommen klar zu machen. Auch hier, wie bei der Cession von Forderungen (Art. 337) bewirkt der Kaufvertrag nur die Verpflichtung des Verkäufers, die ihm aus der Erbschaft zukommenden Rechte auf den Käufer zu übertragen. Diese Uebertragung selbst muß durch einen besonderen Willensakt des Verkäufers bethätiget werden. Sie geschieht aber nicht im Einzelnen, sondern für die Gesammtheit jener Rechte, durch die einfache Erklärung des Verkäufers, welche schon im Kaufvertrage selbst enthalten seyn, oder selbst stillschweigend durch concludente Handlungen an den Tag gelegt werden kann. **(Art. 340.)** Ist der Erbe selbst, vor dem Abschlusse des Vertrages, in den Besitz von Erbschaftssachen gelangt, oder hat er sich das Eigenthum von Liegenschaften bereits überschreiben lassen, so wird die Herausgabe und der entsprechende Eintrag in den Büchern nothwendig. Die vom Verkäufer bezogenen Früchte sind ebenfalls an den Käufer herauszugeben, wenn nicht besonders verabredet ist, daß die Wirksamkeit der Veräußerung sich nicht auf dieselben erstrecken soll. **(Art. 342).** In ähnlicher Weise wird der Bestand der Erbschaft auf den Zeitpunkt des Erbanfalles zurückgeführt, wenn der Verkäufer bereits in irgend einer Weise in diesen Bestand eingegriffen hat. **(Art. 343.)** Der Erwerb des Käufers beschränkt sich dagegen auf dasjenige, was dem Verkäufer in seiner Eigenschaft als Erbe aus dem Nachlasse zugefallen ist, er hat keinen Anspruch auf dasjenige, was diesem Letzteren vermöge Vermächtnisses oder einer Anwartschaft zugefallen ist; denn dieser Erwerb ist unabhängig von dem Gegenstande des Kaufes. Fällt dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Vertrages ein weiterer Theil des Nachlasses vermöge des Anwachsungsrechtes zu, so kann ebenfalls nicht angenommen werden, daß sich die Uebertragung auch hierauf habe erstrecken sollen. Anders verhält es sich mit den Vortheilen, welche dem Verkäufer aus dem Wegfalle eines Vermächtnisses oder einer Anwartschaft zu Statten gekommen wären. Es liegt darin blos eine Entlastung der übertragenen Erbschaft, welche dem Käufer zu Gute kommen muß. (**Art. 344.**) Die Natur der dem Verkäufer obliegenden Gewähr wird ebenfalls durch die Eigenthümlichkeit des Vertragsobjektes bestimmt. (**Art. 345.**) Aber auch in Betreff der dem Käufer obliegenden Verpflichtung muß das Rechtsverhältniß zwischen den Contrahenten so hergestellt werden, als wäre die Erbschaft ursprünglich dem Käufer angefallen, woraus die in den **Art. 346, 347** bezeichneten Folgen sich von selbst ergeben.

Solange eine Erbschaft durch den Tod des Erblassers noch nicht eröffnet ist, kann dieselbe nicht Gegenstand eines Vertrages zwischen Dritten seyn. (Art. 27.)

Nach dem Eintritte dieses Ereignisses fallen die jener Bestimmung zu Grunde liegenden Motive hinweg, selbst wenn die Berufung des Erben noch von einer ungewissen Thatsache abhängt. Die Veräußerung kann daher aus dem Gesichtspunkte eines unbedingten Hoffnungskaufes (Art. 268) unbedenklich gestattet werden. **(Art. 348.)**

Das Verhältniß der Erbschaftsschuldner in Folge des Erbschaftskaufes ergibt sich aus den oben entwickelten Grundsätzen von selbst. Die zur Erbschaft gehörigen Forderungen gehen durch die allgemeine Uebertragung der in der Erbschaft enthaltenen Rechte (Art. 340 Abs. 2) auf den Käufer über. Das hiedurch bewirkte Rechtsverhältniß ist dasselbe wie bei der Uebertragung einer einzelnen Forderung durch Cession. Auch hier ist es daher erforderlich, daß der Schuldner von dem eingetretenen neuen Verhältnisse unterrichtet werde, damit dasselbe gegen ihn wirksam werde. (Art. 151.) Ebenso findet die Bestimmung des Art. 153 in Betreff der Verpflichtung des abtretenden Gläubigers zur Auslieferung der Behelfe für die Geltendmachung der Forderung an den neuen Gläubiger hier Anwendung. **(Art. 349.)** Ein ganz anderes ist das Verhältniß der Erbschaftsgläubiger, Legatare und Schenknehmer von Todes wegen. Der Erbschaftsverkäufer ist durch die Annahme der ihm angefallenen Erbschaft ihr Schuldner geworden. Diese Annahme liegt, selbst wenn sie nicht durch ausdrückliche Erklärung erfolgt wäre, in der Verfügung über die Erbschaft mittelst der abgeschlossenen Veräußerung derselben. Nach dem Grundsatze: debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest kann sich der Erbe der einmal bestehenden Verbindlichkeit nicht einseitig entziehen; will sich daher der Gläubiger an ihn wenden, so muß ihm dieses unbenommen bleiben. Er kann sich aber auch dem zwischen dem Erben und dem Käufer paktirten passiven Rechtsübergange anschließen und seine Befriedigung von dem letzteren verlangen. Es treten in solchem Falle die Grundsätze ein, welche in den Art. 160—163 über die Schuldübernahme im Allgemeinen aufgestellt sind. **(Art. 350.)** Ist der Bestand der Erbschaft durch ein Inventar festgesetzt und dieses dem Vertrage zu Grunde gelegt, so muß angenommen werden, daß es in der Absicht der Kontrahenten liege, den Gegenstand des Kaufes nach dem Inhalte des Inventars zu fixiren, wenn nicht besondere Gründe dafür sprechen, daß das Inventar nur als approximative, nicht maßgebende Bezeichnung gelten sollte. Kaufobjekt ist in solchem Falle nicht mehr das Erbrecht in seiner Universalität, es ist vielmehr auf die im Inventare bezeichneten Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten individualisirt; die weiteren Vermögenstheile und Verbindlichkeiten bleiben dem Käufer fremd; er hat dagegen in Betreff der bezeichneten Sachen und Rechte dieselben Ansprüche auf Gewährleistung, als wenn sie ihm einzeln verkauft wären. **(Art. 351.)**

Vierte Abtheilung.

Besondere Nebenverabredungen beim Kaufvertrage.

Den Kontrahenten steht es frei, bei der Abschließung des Kaufvertrages jedwede ihrem Interesse entsprechende Nebenverabredung zu treffen, soweit eine solche nicht gegen die Gesetze, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt. Einige im Verkehr öfters vorkommende besonders wichtige Klassen solcher Nebenverabredungen nehmen jedoch die spezielle Beachtung der Gesetzgebung in Anspruch. Die deßfalls theils durch die Eigenthümlichkeit der betreffenden Vertragsbestimmungen, theils durch höhere legislative Rücksichten gebotenen Vorschriften sind in den Art. 352—389 enthalten.

1) Kauf auf Besicht oder Probe und nach Probe oder Muster.

Kaufverträge auf Besicht oder Probe, sowie nach Probe oder Muster, kommen am häufigsten im Handelsverkehr vor; dieser Gegenstand ist deßhalb im Entwurfe eines deutschen Handels-Gesetzbuches geordnet. Die Eigenthümlichkeiten des Handelsverkehrs sind jedoch hier nicht von besonderem Einflusse, und es wäre nicht genugsam motivirt, wenn man für die außerhalb des Handelsgebietes vorkommenden Geschäfte dieser Art abweichende Vorschriften ertheilen wollte. Die der Natur dieser Rechtsgeschäfte vollkommen entsprechenden Bestimmungen der Art. 315—317 jenes Entwurfes sind daher im Wesentlichen hier **(Art. 352—355)** beibehalten. Nur in Betreff des Kaufes nach Probe oder Muster wurde es für nothwendig erachtet, der richterlichen Entscheidung über Streitigkeiten, welche sich hinsichtlich der Probemäßigkeit der gelieferten Waare erheben können, einige Anhaltspunkte zu geben. (Art. 355.) Es soll dadurch insbesondere verhindert werden, daß ein Käufer, den der Vertrag reut, unter dem Vorwande der mangelnden Probemäßigkeit der Waare ein von dem Verkäufer loyal vollzogenes Geschäft umstoßen könne, indem er durch Beseitigung der ihm behändigten Probe den Nachweis der Uebereinstimmung der Waare mit derselben unmöglich macht.

2) Vorbehalt eines besseren Käufers.

Der Vorbehalt eines besseren Käufers d. h. eines solchen, welcher in irgend einer Beziehung ein im Vergleiche zu der vom Käufer versprochenen Leistung vortheilhafteres Angebot macht, — kann dem Vertrage in dem Sinne beigefügt werden, daß der Kauf nur alsdann wirksam werden soll, wenn innerhalb der festgesetzten Frist kein solcher Kaufliebhaber auftritt, oder auch in dem Sinne, daß der Vertrag sofort wirksam seyn, in dem angegebenen Falle aber wieder aufgelöst werden soll. Ob das eine oder das andere gemeint sey, muß nach dem Inhalte des Vertrages und den weiteren Behelfen der Interpretation ermessen werden, bleibt jedoch die Absicht zweifelhaft, so wird angenommen, daß der Vorbehalt nur eine Resolutivbedingung bezwecke, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer übertragen und damit seinerseits den Vertrag vollzogen hat, was überwiegend ein so-

fort wirksames Geschäft andeutet. Hat er dagegen jenes Objekt in seinen Händen behalten, so wird angenommen, daß eine Suspensivbedingung gemeint sey, von deren Eintritt sowohl die Vollziehung des Kaufes als auch seine Wirksamkeit abhängt. **(Art. 356.)**

In der Regel werden die Kontrahenten die Frist festsetzen, innerhalb welcher diese Klausel wirksam seyn soll. Für den Fall der Unterlassung trifft der **Art. 357** Fürsorge. Die Frist durfte auch bei beweglichen Kaufgegenständen nicht allzukurz (auf wenige Tage) festgesetzt werden, weil der Vorbehalt hauptsächlich bei werthvolleren Sachen, für welche der rechte Liebhaber schwer aufzufinden ist, (bei Kunstsammlungen, Bibliotheken und dergl.) vorzukommen pflegt, wo eine solche kurze Frist keinen Sinn haben würde. Dagegen beschränkt der Entwurf, nach dem Vorbilde neuerer Gesetzgebungen, die Zeit, auf welche die Wirksamkeit dieser, so wie der verwandten Nebenbedingungen durch den Kaufvertrag ausgedehnt werden darf (Art. 354, 374, 377 u. 386), weil es ohne Nachtheil für höhere volkswirthschaftliche Interessen nicht gestattet werden kann, daß die Eigenthumsverhältnisse während allzu langer Zeit ungewiß bleiben. Wenn nun der Fall des Vorbehaltes eintritt, so kann immerhin dem Interesse des Verkäufers auch dadurch entsprochen werden, daß sich der ursprüngliche Käufer zu denselben Leistungen, welche ein Dritter anbietet, versteht, um seinen Kauf aufrecht zu erhalten. Das Gesetz beschränkt dieses Nachgebot an eine kurze Frist, weil auch das neubeabsichtigte Rechtsgeschäft nicht lange ungewiß bleiben darf, wobei jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß der Kaufvertrag eine längere Bedenkzeit festsetze. Der Käufer muß von dem neuen Angebote in Kenntniß gesetzt werden. Daß solches gleich auf das neue Angebot geschehe, ist nicht wesentlich, vielmehr muß es dem Verkäufer anheimgestellt bleiben, wann er von seinem Rechte gegen den Käufer Gebrauch machen will, auf die Gefahr, durch längeres Zuwarten, den neuen Kaufliebhaber zu verlieren. Ist aber die vertragsmäßige oder gesetzliche Frist für die Annahme eines besseren Angebotes abgelaufen, so wird dem Verkäufer nur eine Frist von drei Tagen gestattet, um, wenn ein solches erfolgt ist, dasselbe gegen den Käufer geltend zu machen. Das zwischen den Kontrahenten im Falle eines entsprechenden Nachgebotes des ursprünglichen Käufers eintretende Verhältniß wird dadurch sehr vereinfacht, daß dasselbe nicht unter den Gesichtspunkt eines neuen Kaufes gestellt, sondern als die Fortsetzung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses betrachtet wird, mit den Modifikationen, welche das Nachgebot mit sich bringt, jedoch ohne Rückwirkung derselben auf die Vergangenheit. Einer wiederholten Geltendmachung des Vorbehaltes kann nicht stattgegeben werden, vielmehr hat derselbe seine Vollziehung erlangt, wenn einmal ein besseres Angebot erfolgt und der Käufer in dasselbe eingetreten ist. **(Art. 359.)**

Die Auflösung des ursprünglichen Kaufes wird nur durch die wirkliche Abschließung eines neuen Kaufvertrages auf den Grund des erfolgten besseren Angebotes bewirkt. Zu dieser Abschließung besteht für den Verkäufer kein Zwang, selbst wenn er das Angebot dem Käufer kundgegeben hat. Daher könnte dieser aus einer solchen Kundgebung die Befugniß nicht ableiten, seinerseits sofort vom

Vertrage zurückzutreten. **(Art. 360.)** Wird dagegen durch die wirkliche Annahme des besseren Käufers in Ermanglung eines entsprechenden Nachgebotes der Kauf aufgelöst, oder (wenn der Vorbehalt als Suspensivbedingung gestellt ist) unwirksam, so muß der Käufer die Sache in dem Zustande herausgeben, in welchem er sie empfangen hat; es treten daher die durch die Verschlechterung oder Verbesserung des Kaufsobjektes begründeten gegenseitigen Verpflichtungen ein.

In Uebereinstimmung mit dem im I. Theile Art. 41 aufgestellten Grundsatze werden dagegen die beiderseitigen Ansprüche aus dem Bezuge der Früchte und dem Nutzen des bezahlten Kaufpreises nach **Art. 362** als gegenseitig aufgehoben erklärt, um lästige Liquidationen abzuschneiden. Der Käufer, welcher sich vor Ablauf der zur Geltendmachung des Vorbehaltes gesetzten Frist durch eigenes Verschulden außer Stand setzt, die Sache zurückzugeben, macht sich einer Vertragsverletzung schuldig und ist deßhalb, wenn ein besseres Angebot erfolgt, dem Verkäufer zum Ersatze des Gewinnes verpflichtet, welcher demselben durch die Annahme des Angebotes zugegangen wäre. **(Art. 363.)** Dritten gegenüber bietet das Gr.- und Hyp.-Buch nach dem Systeme des Entwurfes dem Verkäufer das Mittel dar, sein Recht aus dem Vorbehalte zu wahren. **(Art. 364.)** Diese Bestimmung wird auch auf die Vorbehalte der Rechtsverwirkung, des Eigenthums und der Reue ausgedehnt (Art. 369, 372, 384), bei welchen überall der Verkäufer sich das Recht bedingt, unter gewissen Voraussetzungen den Kauf wieder aufzulösen. Bei dem Vorbehalte des Rückkaufes, des Rückverkaufes und des Vorkaufsrechtes ist dieses nicht der Fall, vielmehr stipulirt sich der Verkäufer oder der Käufer hier nur das Recht zur Abschließung eines neuen Kaufvertrages. Einer Sicherung dieses Rechtes Dritten gegenüber mittelst Veröffentlichung des Vertrages, kann daher nicht stattgegeben werden.

3) Vorbehalt der Rechtsverwirkung.

Bei dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung ist in noch stärkerem Maaße als bei dem Vorbehalte eines besseren Käufers die Vermuthung begründet, daß die Kontrahenten, wenn sie ihre Absicht nicht deutlich zu erkennen gegeben haben, nicht die Aufschiebung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes, sondern nur die Auflösung desselben von der Erfüllung der dem Käufer obliegenden Verbindlichkeit abhängig machen wollten. Die Unterscheidung des Art. 356 ist deßhalb hier nicht aufgenommen. **(Art. 365.)** Dieser Vorbehalt bezweckt nur die größere Sicherheit des Verkäufers, er kann daher, wenn der Fall der Verwirkung eintritt, immerhin auch bei der Erfüllung des Vertrages stehen bleiben. Hat er sich aber für das eine der ihm zustehenden Rechte entschieden, so liegt hierin eine Verzichtleistung auf das andere, es wäre denn, daß er nach Anstellung der Klage auf Rechtsverwirkung erst in Erfahrung brächte, daß diese durch das Verschulden des Käufers nicht zum befriedigenden Ziele führen würde. Es wäre unbillig, für solchen Fall ihm das Aufgeben der getroffenen Wahl zu versagen. **(Art. 366.)** Der Verkäufer kann übrigens seinen Entschluß trotz der Versäumniß des Käufers auf der Vollziehung des Vertrages zu beharren, nicht nur durch Anstellung einer Klage auf

Vertragserfüllung, sondern auch durch andere Handlungen zu erkennen geben, welche jenen Entschluß voraussetzen. Als eine solche ist die Annahme der gänzlichen oder theilweisen Erfüllung der Verbindlichkeit des Käufers zu betrachten. **(Art. 367.)**

Wird in Folge der Rechtsverwirkung der Kaufvertrag aufgelöst, so treten in Betreff der Rückgabe des Kaufgegenstandes und des bezahlten Preises dieselben Rechtsverhältnisse wie bei dem Eintritte eines bessern Käufers ein. (Art. 362, Abs. 1 und 2 und Art. 363.) Dagegen kann die im Art. 362 Abs. 3 dem Käufer in Betreff des bezogenen Nutzens für diesen letzteren Fall gewährte Begünstigung auf die Auflösung des Vertrags wegen Rechtsverwirkung keine Anwendung finden, da hier nicht ein dem Käufer fremdes Ereigniß, sondern sein eigener Vertragsbruch die Auflösung herbeiführt.

4) Vorbehalt des Eigenthums.

Häufig stipulirt sich der Verkäufer zur Sicherheit seiner Ansprüche an den Käufer den Vorbehalt des Eigenthums des Kaufgegenstandes. Diese Klausel wird, der vorherrschenden Rechtsansicht und dem praktischen Bedürfnisse entsprechend, von dem Entwurfe nicht als eine Suspension des Eigenthumsüberganges bis zur Erfüllung der Verpflichtungen des Käufers betrachtet; ja selbst als Resolutivbedingung hat sie keine absolute Wirkung wie der Vorbehalt der Rechtsverwirkung, sondern jener Zweck der Sicherung des Guthabens des Verkäufers bestimmt überall die Grenzlinie, innerhalb welcher das vorbehaltene Recht geltend gemacht werden kann. Der Vorbehalt wirkt demnach zuvörderst einem Pfandrechte gleich durch die Gewährung der Befugniß, die Versteigerung der Sache im Wege der Hilfsvollstreckung zu verlangen. Der höhere oder mindere Erlös geht auf Rechnung des Schuldners. Wird aber weniger erlöst als die Forderung des Verkäufers beträgt, so kann dieser die Rückübertragung der Sache verlangen. **(Art. 371.)** Ein solcher Vorbehalt macht sich insbesondere im Gantverfahren den Gläubigern gegenüber als Separationsrecht geltend. **(Art. 372.)** Der Entwurf derogirt hierin den Bestimmungen des Hypothekengesetzes §. 3, 15, 137 (vgl. die Instruktion §. 24), welche jenem Vorbehalte nur die Wirkung eines Hypothektitels und der Nothwendigkeit der Einwilligung des Verkäufers zur Bestellung nachfolgender Hypotheken zugestehen, eine Beschränkung, welche der Intention des Vorbehaltes nicht entspricht. Dieser Vorbehalt hat vielmehr nach Art. 371 seiner wesentlichen Wirkung nach die Eigenschaft einer qualifizirten Pfandbestellung. Da nun aus Rücksicht auf den in jeder Beziehung zu erleichternden Verkehr mit Mobilien die Bestellung einer Hypothek an solchen ausgeschlossen ist, die Erstreckung des erwähnten Vorbehaltes auf Mobilien aber hinsichtlich seiner Folgen in der That eine solche Hypothek darstellen würde, so wurde sie im **Art. 373** verworfen.

5) Vorbehalt der Reue.

Durch diesen Vorbehalt wird das bei dem Vorbehalte eines besseren Käufers durch ein äußeres Ereigniß bedingte Widerrufsrecht unbedingt als reine potestative

Resolutivbedingung festgestellt. Auch kann nicht nur der Verkäufer, sondern auch der Käufer sich dasselbe bedingen. Im Falle der Geltendmachung treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie bei dem Eintritte eines besseren Käufers. **(Art. 374, 376.)** Dagegen muß hier der Uebergang des vorbehaltenen Rechtes auf die Erben des Berechtigten ausgeschlossen werden, weil anzunehmen ist, daß die persönlichen Verhältnisse des letztern bei der Stipulirung des Vorbehaltes vorzugsweise berücksichtiget worden sind, während es sich bei dem Vorbehalte eines bessern Käufers lediglich um die höhere Verwerthung des Kaufsgegenstandes handelt. Hat sich der Käufer das Recht der Reue vorbehalten, so fällt dasselbe von selbst hinweg, wenn er nicht mehr im Stande ist, die Sache in ihrem ursprünglichen Zustande zurückzugeben. Eine durch ihn bewirkte Verbesserung derselben würde natürlich der Rückgabe nicht im Wege stehen, er könnte sich aber durch eine solche keinerlei Ansprüche auf Ersatz begründen. **(Art. 375.)**

6) Vorbehalt des Rückkaufs- und Rückverkaufsrechtes.

Die Bedingung, daß es dem Verkäufer zustehen soll, durch ein neues Kaufgeschäft die veräußerte Sache wieder zu erwerben, kann in der Art festgesetzt werden, daß der ursprüngliche Kaufpreis auch für den Rückkauf maßgebend ist; in solchem Falle muß dann auch, ohne daß es deßfalls einer besonderen Verabredung bedarf, der das Aequivalent des Preises bildende Werth der Sache auf den früheren Zustand reduzirt, und die durch schuldhafte Verschlechterung oder durch Werthserhöhung in Folge von Verwendungen bewirkte Differenz muß ausgeglichen, die Lasten, mit welchen der Käufer die Sache beschwert hat, müssen von ihm abgelöst werden. **(Art. 378.)** Es kann aber auch bedungen werden, daß der Rückkaufspreis nach dem Werthe festgesetzt werden soll, welchen die Sache zur Zeit des Rückkaufes haben werde. In diesem Falle kommt weder der ursprüngliche Preis noch die später eingetretene Veränderung des Werthes der Sache in Betracht. **(Art. 379.)** Dagegen schließt der **Art. 377** eine willkürliche Festsetzung des Rückkaufspreises ohne Rücksicht auf den ursprünglichen Kaufpreis oder auf den jetzigen Werth der Sache aus dem Grunde aus, weil sich unter einem solchen Vorbehalte in den meisten Fällen ein unerlaubter Wucher verstecken würde.

Die Bestimmungen des **Art. 383** über den höchst selten vorkommenden Vorbehalt des Rückverkaufsrechtes bedürfen keiner näheren Erörterung.

7) Vorbehalt des Vorkaufsrechtes.

Der Verkäufer kann sich das Recht bedingen, daß der Käufer, wenn er in den Fall käme, die Sache weiter zu verkaufen, ihm den Vorzug vor jedem Dritten einräumen müsse. Die Geltendmachung dieses Vorkaufsrechtes setzt voraus, daß der Berechtigte im Stande sey, alles zu leisten, was von dem neuen Kaufliebhaber geboten wird. Dieses erstreckt sich auch auf die mit dem Angebote verbundenen Nebenvortheile. Lassen sich daher nicht alle diese Leistungen wenigstens durch Schätzung auf einen Geldwerth reduziren, so fällt der Eintritt des Berechtigten in den von dem Dritten angebotenen Kauf von selbst hinweg. **(Art. 385.)** Die Geltend-

machung des Vorkaufsrechtes kann dadurch eine Gefährdung erleiden, daß entweder in der eben besprochenen Richtung, oder auch in Betreff der Höhe des Kaufpreises, simulirte Bestimmungen in das neue Kaufgeschäft aufgenommen werden. In solchem Falle steht dem Berechtigten der allgemeine Grundsatz zur Seite, daß wenn ein simulirtes Geschäft für die Berechtigungen oder Verpflichtungen eines Dritten maßgebend ist, welcher zu dessen Abschluß nicht als Partei mitgewirkt hat, seine Berechtigung oder Verpflichtung nach dem wirklich beabsichtigten Geschäfte bemessen werden soll. Hiebei erhebt sich auf der andern Seite die Gefahr, daß der Vorkaufsberechtigte die Behauptung der Simulation nur zum Vorwande gebrauche, um einem beabsichtigten loyalen Kaufgeschäfte Hindernisse und Zögerungen in den Weg zu legen. Der **Art. 387** legt demselben daher auf, für die Erfüllung des Kaufgebotes, wie es vorliegt, Sicherheit zu leisten.

Damit der Rechtsbestand des beabsichtigten neuen Kaufgeschäftes nicht zum Nachtheile der Interessenten längere Zeit in der Ungewißheit bleibe, ist es nothwendig, dem Vorkaufsberechtigten kurze Fristen zur Erfüllung der Verpflichtungen vorzusetzen, durch welche sein Eintritt in das Angebot bedingt ist. **(Art. 388 Ziff. 1.)**

Nach der Bestimmung des **Art. 388 Ziff. 2** fällt außerdem das Vorkaufsrecht hinweg, wenn die Sache im Wege der öffentlichen Versteigerung veräußert wird, es mag dieses in Folge obrigkeitlicher Anordnung oder freiwillig geschehen; nur wird in dem letzteren Falle vorausgesetzt, daß die Versteigerung dem Berechtigten in den durch das Gesetz bezeichneten Fristen zuvor angekündigt werde. Ist der Vorkaufsberechtigte in dieser Weise unterrichtet, daß es jetzt zur Veräußerung der Sache kommen soll, so kann ohne Unbilligkeit von ihm erwartet werden, daß er als Mitsteigerer auftrete, wenn er Lust hat, die Sache zu erwerben. Wäre es ihm gestattet, das Resultat der Versteigerung abzuwarten und nachher in das Angebot des Steigerers einzutreten, so wäre die Wirksamkeit des Zuschlages für diesen gefährdet, und mancher Kauflustige würde durch eine solche Voraussicht abgehalten werden, sich auf die prekäre Versteigerung einzulassen.

Hinsichtlich der Endigung des Vorkaufsrechtes durch den Tod des Berechtigten **(Art. 388. Ziff. 3)** gilt dasselbe, was oben in Betreff des Reurechtes zu Art. 375 bemerkt worden ist.

Zweites Hauptstück.

Tauschvertrag.

Der Tauschvertrag hat, wie der Kaufvertrag, die Uebereignung von Sachen zum Gegenstande; er unterscheidet sich von diesem darin, daß die Gegenleistung beim Tauschvertrage nicht, wie bei dem Kaufe, ausschließlich oder überwiegend in einem Geldpreise, sondern wieder in andern Sachen oder in der Uebertragung von Rechten besteht. **(Art. 390** vergl. mit Art. 266.) Es ergibt sich hieraus von

selbst, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche sich auf die Uebereignung des Kauf- oder Tauschgegenstandes beziehen, bei beiden Verträgen nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Jeder Kontrahent ist bei dem Tausche als Verkäufer hinsichtlich der von ihm zugesagten Leistung, — als Käufer hinsichtlich der ihm versprochenen Gegenleistung zu betrachten. **(Art. 391.)**

Die Verschiedenheit der beiden Rechtsgeschäfte tritt vorzüglich in dem Falle hervor, wenn der eingetauschte Gegenstand dem einen Theile entwährt wird. Diesem stehen dieselben Entschädigungsansprüche zu, wie dem entwährten Verkäufer; da aber die Aufrechthaltung seines Eigenthums an der eingetauschten Sache die Voraussetzung der Hingabe der seinigen war, so kann er vorziehen, die von ihm in Tausch gegebene Sache sammt ihren Zubehörungen zurückzuverlangen. Wählt er das Letztere, so hat er Anspruch auf Befreiung des Tauschgegenstandes von allen darauf gelegten Lasten und auf Entschädigung für die von dem Gegentheile verschuldeten Verschlechterungen, sowie auf Ersatz der von diesem bezogenen Früchte. Er soll jedoch nicht zum Schaden des Letzteren bereichert werden; daher kommt der Nutzen in Gegenrechnung, welchen er selbst von der in Tausch erhaltenen Sache bis zur Entwährung gezogen hat, und es treten hinsichtlich der auf die zurückzugebende Sache gemachten Verwendungen dieselben Verhältnisse ein, wie bei dem Kaufe, im Falle der Annahme eines besseren Käufers und der Rechtsverwirkung (Art. 362, 368). Uebrigens begründet die Entwährung auch hier die dem Käufer im Art. 309 Ziff. 2—4 zugesagten weiteren Entschädigungsansprüche. **(Art. 392, 393.)**

In ähnlicher Weise modifiziren sich bei dem Tausche die für den Kaufvertrag gegebenen Vorschriften in Betreff der wegen Fehler und Mängel des Vertragsgegenstandes zu leistenden Gewährschaft. **(Art. 394, 395.)**

Drittes Hauptstück.

Trödelvertrag.

Dieser hauptsächlich im kleinen Verkehre vorkommende Vertrag hat die nächste Verwandtschaft mit dem Mandat. Er unterscheidet sich aber von demselben durch verschiedene Eigenthümlichkeiten, während er unter gewissen Voraussetzungen **(Art. 402)** als Kauf betrachtet werden kann, insoferne nämlich dem Trödler gestattet ist, die zum Verkaufe übernommene Sache gegen Zahlung des festgesetzten Preises auch für sich zu behalten.

Die Wesenheit des Vertrages besteht darin, daß dem Trödler eine bewegliche Sache zum Verkaufe übergeben wird mit der Verabredung, daß er innerhalb einer bestimmten Zeit den festgesetzten Preis abliefern, oder die Sache zurückgeben soll. **(Art. 396.)** Die im gemeinen Rechte kontrovertirte, in einigen Gesetzgeb-

ungen (vgl. Bayer. L. R. Thl. IV. c. 12 §. 4) bejahte Frage, ob der Vertrag das Eigenthum auf den Trödler überträgt, wird im Entwurfe im Interesse der Sicherheit des Verkehrs und nach der in der Regel wohl anzunehmenden Intention der Kontrahenten verneint **(Art. 401)**, und es wird selbst in dem Falle, wenn der Trödler die Sache innerhalb der festgesetzten Zeit nicht verkauft, und sie auch nicht durch Erlegung des Preises für sich erworben hat, dem Geber freigestellt, entweder sein Eigenthumsrecht durch Zurücknahme der Sache geltend zu machen, oder sich an die Zusage des Trödlers zu halten, daß er den bestimmten Preis einliefern wolle, soferne er die Sache nicht rechtzeitig zurückgeben würde. **(Art. 399.)**

Es folgt aus dieser Auffassung, daß der Trödler die Gefahr des Zufalles nicht zu tragen hat. **(Art. 398.)** Auf die Unterscheidung des römischen Rechtes, ob er die Besorgung des Handels nachgesucht habe oder nicht, konnte hierbei keine Rücksicht genommen werden.

Wird mehr als der festgesetzte Preis aus der Sache erlöst, so fällt der Gewinn dem Trödler zu, weil der Geber durch Bestimmung des Preises zu erkennen gibt, daß er vom Trödler nur die Ablieferung dieses bestimmten Betrages in Anspruch nehme. **(Art. 401).** — In Rücksicht auf diese Eventualität wird angenommen, daß der Trödler in der Regel keine Vergütung für seine Bemühungen anzusprechen habe. **(Art. 400.)**

Nachdem der Trödler vom Geber ermächtiget wird, die Sache in eigenem Namen und für eigene Rechnung zu veräußern, deßhalb vom Käufer den Kaufpreis als sein Eigenthum erhält, und nachdem nur er die Verpflichtung hat, dem Geber den voraus bestimmten Betrag zu zahlen, so kann der Geber dem dritten Käufer gegenüber nicht als Verkäufer betrachtet werden, und tritt überhaupt in kein Rechtsverhältniß mit demselben, vielmehr haben sich beide lediglich an den Trödler zu halten. **(Art. 403.)**

Viertes Hauptstück.

Miethvertrag.

Erste Abtheilung.

Begriff und Erfordernisse des Miethvertrages.

Mieth- und Pachtvertrag stimmen in dem Hauptmerkmale überein, daß der Eigenthümer einer Sache oder der zum Gebrauche oder Genusse derselben Berechtigte, einem Anderen ohne Entäußerung der Substanz seines Rechtes den ihm zustehenden Gebrauch oder Genuß gegen eine entsprechende Vergütung überläßt;

sie unterscheiden sich darin, daß diese Ueberlassung bei dem Pachtvertrage den Fruchtgenuß an der Sache oder die Ausübung eines nutzbaren Rechtes bezweckt, während dieses bei der Miethe nicht der Fall ist, sondern nur der Gebrauch der Sache den Gegenstand des Vertrages bildet. Danach liegt es sowohl für die Doktrin als auch für die Gesetzgebung sehr nahe, die beiden Verträgen gemeinsamen Grundsätze zusammenzufassen, und sodann die jedem derselben eigenthümlichen Bestimmungen folgen zu lassen. Der Entwurf hat jedoch diese gewöhnliche Methode nicht beibehalten, es wurde vielmehr angemessener erachtet, den Miethvertrag vollständig und ohne Ausscheidung von gemeinschaftlichen Vorschriften zu behandeln. (Art. 404 — 457.) Für den Pachtvertrag wird sodann in Art. 460 die Anwendung der Grundsätze über die Miethe im Allgemeinen verfügt und es werden die nicht sehr zahlreichen Bestimmungen bezeichnet, welche hievon ausgenommen sind; endlich folgen (Art. 458 — 483) die dem Pachtvertrage eigenthümlichen Bestimmungen. Die ganze Darstellung wird dadurch leichter und einfacher, als bei der Einhaltung der anderen mehr doktrinellen Methode.

Da die Miethe in der Ueberlassung des Gebrauches einer Sache gegen den Miethzins besteht **(Art. 404)**, so setzt dieser Vertrag voraus, daß die vermiethete Sache von der Art sey, daß ein Gebrauch derselben stattfinden kann, ohne daß sie verbraucht wird, und daß sie in Ansehung des Gebrauches dem Verkehr nicht entzogen sey. **(Art. 405.)** Die Miethe einer Sache, über deren Gebrauch der Vermiether nicht zu verfügen berechtiget ist, gibt zu ähnlichen Bestimmungen Anlaß, wie sie für die analogen Fälle des Kaufvertrages gegeben sind. **(Art. 406.)** Dagegen findet es keinen Anstand, daß der Eigenthümer seine eigene Sache in Miethe nehme, wenn das Gebrauchsrecht an derselben einem Andern zusteht. **(Art. 407.)**

Sowohl in Betreff der Form als des materiellen Gehaltes des Miethvertrags läßt der Entwurf den Paziszenten volle Freiheit. In der letzteren Beziehung werden für den Fall, daß der Vertrag keine besonderen Bestimmungen enthält, allgemeine Normen über die Rechte und Verpflichtungen beider Theile aufgestellt. Abweichende Verabredungen von besonderer Wichtigkeit kommen häufig bei der Miethe von Wohnungen vor, welche hiezu die mannigfaltigsten Veranlassungen darbietet. Hier wurde es zur Abschneidung von Weiterungen für sachgemäß erachtet, die Giltigkeit solcher Verabredungen von ihrer schriftlichen Abfassung abhängig zu machen. **(Art. 408.)**

Zweite Abtheilung.

Verpflichtung des Vermiethers.

Unter den durch die Art. 409—420 festgesetzten Verbindlichkeiten des Vermiethers steht voran, daß er die vermiethete Sache sammt Zubehörungen zur ver-

abredeten Zeit und in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande dem Miether überliefere, und ihm die Fortdauer dieses Gebrauches während der Miethzeit gewähre. **(Art. 409, 411, 412.)** — Der Zweck des Vertrages ist für den Miether vereitelt, wenn die Sache die Eigenschaften nicht hat, welche er sich hat zusichern lassen, oder wenn sie mit solchen Fehlern behaftet ist, die sie zum vertragsmäßigen Gebrauche untauglich machen. In solchen Fällen ist er daher berechtiget, den Vertrag aufzuheben. Hatte der Miether jedoch jene Fehler zur Zeit des Vertragsabschlusses gekannt oder waren sie von der Art, daß er sie bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte wahrnehmen können, so kann er aus denselben einen Anspruch auf Enthebung von seinen Vertragsverbindlichkeiten oder einen Anspruch auf Minderung des Miethzinses nicht ableiten. Der Gesichtspunkt ist hier derselbe, welcher dem Art. 317 über die Eigenschaften eines Kaufgegenstandes zu Grunde liegt. Auch für den Fall einer theilweisen Unbrauchbarkeit oder geminderten Brauchbarkeit muß dem Miether gestattet seyn, den Vertrag aufzuheben, wenn die Fehler von der Art sind, daß er den Zweck seiner Miethe nicht erreicht, und diese nicht abgeschlossen haben würde, wenn er die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache gekannt hätte, während ihm in anderen Fällen nur der Anspruch auf verhältnißmäßige Minderung des Miethzinses zusteht. In Betreff der Haftung des Vermiethers für den dem Miether noch weiter verursachten Schaden, tritt dieselbe Unterscheidung ein, wie sie der Art. 328 für den Kauf aufstellt. **(Art. 410.)**

Trifft den Miether in seiner Person oder in seinen eigenen Verhältnissen ein Zufall, welcher ihn an dem Gebrauch der Sache ganz oder theilweise verhindert, oder hat er diese Verhinderung durch eigene Schuld veranlaßt, so fallen die Folgen auf ihn und er kann sich der Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeiten eines solchen Umstandes wegen nicht entziehen. Wird er dagegen durch einen ihm persönlich fremden Zufall oder durch die Schuld des Vermiethers an dem vertragsmäßigen Miethgebrauche gehindert, so ist er zur Gegenleistung gar nicht, oder nur in dem Verhältnisse der eingetretenen Gebrauchsverminderung verpflichtet, und es treten die im Art. 410 Abs. 1 und 2 bestimmten Rechtsverhältnisse ein, sowie der Anspruch auf Schadensersatz, wenn die Verhinderung durch die Schuld des Vermiethers oder eines Dritten stattgefunden hat. **(Art. 413.)**

Aus der Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache die ganze Miethzeit hindurch zu gewähren, ergibt sich die weitere Verbindlichkeit desselben, die Ausbesserungen vorzunehmen, welche nothwendig werden, um die Sache in dem erforderlichen Zustande zu erhalten. Diese Ausbesserungen bestehen häufig in Kleinigkeiten und sind den mit dem Gebrauche selbst verbundenen Auslagen verwandt, welche dem Miether obliegen. Bei solchen liegt es nahe und ist nicht selten auch ortsüblich, daß der Miether sie vorzunehmen habe, auch wenn er dieses nicht durch den Vertrag übernommen hat. Wie weit diese Uebertragung stattfinden soll, läßt sich hier nicht wohl vorsehen. Allgemein geltende Bestimmungen würden leicht in das durch örtliche Verhältnisse begründete Herkommen in bedenklicher Weise eingreifen; eine vollständige Aufzählung ist ebenfalls schwierig, und der Versuch des französischen Civilgesetzbuches, (Art. 1754),

empfiehlt sich für uns zur Nachahmung nicht. Es muß daher diese Frage dem Ortsgebrauche anheimgestellt werden, welchem sich die Paziszenten stillschweigend unterwerfen, wenn sie keine entgegengesetzte Verabredung treffen. Soweit der Ortsgebrauch keinen maßgebenden Anhaltspunkt darbietet, bleibt es bei der im Begriffe des Rechtsgeschäftes begründeten Verpflichtung des Vermiethers. **(Art. 414.)** Nur über zwei sehr praktische Fragen ertheilt der **Art. 415** positive Bestimmungen. Es wurde insbesondere für zweckmäßig erachtet, die häufigen Streitigkeiten, zu welchen die Beschädigung der Fensterscheiben Veranlassung giebt, durch eine prinzipielle Entscheidung abzuschneiden. Diese Beschädigungen sind in der Regel dem Verschulden des Miethers oder seiner Angehörigen zuzuschreiben und es kann ihm ohne Unbilligkeit der Gegenbeweis auferlegt werden, daß sie durch einen ihm nicht zuzurechnenden, mithin den Eigenthümer treffenden Zufall verursacht worden. Hat aber dieser Einrichtungen getroffen, wodurch eine Elementar-Beschädigung abgewendet werden kann, so ist der Miether haftbar, wenn er versäumt hat, dieselben zu benützen.

Die Vornahme der dem Vermiether obliegenden Ausbesserungen kann in der Regel keinen Aufschub erleiden, wenn das Gebrauchsrecht des Miethers nicht beeinträchtiget werden soll. Diesem muß es daher erlaubt seyn, dieselben auf Kosten des Vermiethers innerhalb der Grenzen des Bedürfnisses vorzunehmen, wenn der letztere in der Erfüllung seiner Verpflichtung säumig ist, was eine vorgängige Anzeige an denselben voraussetzt. Ohne eine solche steht dem Miether jene Einschreitung nur alsdann zu, wenn die Dringlichkeit der Aufbesserung jeden Aufschub verbietet; denn es darf nicht in seine Willkür gestellt werden, die Leistungen, zu welchen der Vermiether ihm verpflichtet ist, eigenmächtig selbst vorzunehmen und demselben Kosten aufzubürden, welche dieser durch Anwendung eigener Mittel und Kräfte, durch wohlfeilere Vergebung der Arbeiten und dergl. in minderem Betrage aufzuwenden im Fall seyn könnte. — Der **Art. 418 Abs. 1 u. 2** stellt die in dieser Beziehung gebotenen Beschränkungen fest. Verwendungen anderer Art endlich darf sich der Miether auf Kosten des Vermiethers nicht erlauben; es kann ihm vielmehr nur das Recht der Hinwegnahme gestattet werden und auch dieses nur soweit als die Hinwegnahme nach den allgemeinen Vorschriften überhaupt zulässig ist. **(Art. 417 Abs. 3.)**

Dritte Abtheilung.

Verpflichtungen des Miethers.

Der Miether ist vor Allem zur Zahlung des Aequivalentes seines Gebrauches, des Miethzinses, verpflichtet.

Ist im Vertrage über die Zeit der Zahlung nichts bestimmt, so dient der Ortsgebrauch als Ergänzung des Vertrages. Wenn aber auch dieser keinen Anhaltspunkt darbietet, so gilt als Regel, daß die Zahlung am Ende der Miethe geleistet werden soll, da die in einer ungetheilten Summe bestimmte Gegenleist-

ung für die ganze Miethe wohl nicht eher fällig seyn kann, als bis der Miether den vollständigen Gebrauch von der Sache machen konnte. Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Miethzins nicht im Ganzen, sondern für gewisse Zeitabschnitte, terminweise, festgesetzt ist. — In solchem Falle kann füglich angenommen werden, daß auch die Zahlung nach Ablauf jedes solchen Zeitabschnittes erfolgen soll. **(Art. 421.)** Eine Minderung dieser Verbindlichkeit des Miethers tritt ein, wenn er vor Ablauf der Miethzeit aus dem Gebrauche der Sache kommt, es wäre denn, daß dieses durch seine eigene Schuld oder durch Umstände herbeigeführt wird, welche in seiner eigenen Person oder seinen persönlichen Verhältnissen gelegen sind. **(Art. 422.)**

Das Interesse der Wohnungsbedürftigen macht es wünschenswerth, daß ihr Kredit soviel als möglich befördert werde. Als Mittel hiezu gesteht der Entwurf, mit anderen Gesetzgebungen, dem Vermiether, ohne daß es einer besonderen Verabredung hierüber bedarf, gewisse diesem Verhältnisse eigenthümliche Rechte auf die zur bleibenden Benützung in die Wohnung gebrachten Gegenstände für die Sicherheit des Miethzinses zu, was auch auf Aufbewahrungsräume Anwendung findet. **(Art. 423.)** Ueber die Vorzugsrechte des Vermiethers den anderen Gläubigern gegenüber ist am geeigneten Orte verfügt. Eine weitere Verpflichtung des Miethers besteht in dem ordnungsgemäßen Gebrauche der Sache und in der Sorge für ihre Erhaltung, worüber die **Art. 424—427** die erforderlichen Vorschriften ertheilen.

Der Grundsatz, daß der Vermiether sich jeder Störung des dem Miether zugesicherten Gebrauches enthalten müsse, erleidet eine Ausnahme für den Fall, daß der Miethgegenstand unaufschiebbarer Ausbesserungen bedarf. Meistens sind diese durch das beiderseitige Interesse geboten; sie bedingen häufig die Möglichkeit der Fortsetzung des Miethgebrauches; es kann daher füglich dem Miether zugemuthet werden, daß er sich die damit verbundene Beschwerlichkeit gefallen lasse. Wird jedoch durch die Vornahme der Ausbesserungen der Gebrauch der Sache ganz oder theilweise verhindert, so muß es dem Miether zustehen, die oben entwickelten Grundsätze in Betreff einer durch Zufall veranlaßten Verhinderung des Miethgebrauches anzurufen. **(Art. 428.)** Diese Zurückführung auf die allgemeinen Grundsätze wurde einer auf spezielle Voraussetzungen eingehenden Anordnung, wie sie das französische Civilgesetzbuch (Art. 1724) aufstellt, vorgezogen, da eine solche häufig der Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles nicht entspricht, und bald zu viel bald zu wenig bietet. Bei der hier gewählten allgemeinen Verweisung auf jene Grundsätze ist dem Richter ein offeneres Feld eröffnet, um der Besonderheit des einzelnen Falles Rechnung zu tragen.

Mit dem Ablaufe der Miethzeit tritt für den Miether die Verpflichtung ein, die gemiethete Sache zurückzugeben. In Betreff des Zustandes, in welchem er dieselbe dem Vermiether zu überliefern hat, sind die im Art. 425 aufgestellten Grundsätze maßgebend, und es wird nur der Verabredung der Parteien und dem dieselbe ergänzenden Ortsgebrauche vorbehalten, die Verpflichtung des Miethers zu modifiziren. **(Art. 429.)** Mit dem Miethgegenstande hat der Miether zugleich die etwa gezogenen natürlichen Früchte desselben herauszugeben, da der

Miethvertrag nur den Gebrauch und nicht den Fruchtgenuß zum Gegenstande hat. Eine Erweiterung des Rechtes des Miethers ist natürlich hiebei nicht ausgeschlossen, nur muß sie aus dem Inhalte des Vertrages oder aus dem besonderen Zwecke der Miethe klar hervorgehen, und im letzteren Falle muß dieser Zweck dem Vermiether bekannt und dadurch wenigstens stillschweigend Gegenstand des Vertrages geworden seyn. **(Art. 430.)**

Das angebliche dingliche Recht eines Dritten auf den Miethgegenstand kann von dem Miether nicht, um seine vertragsmäßige Verpflichtung zur Zurückgabe der Sache an den Vermiether abzulehnen, geltend gemacht werden. Es wäre dieses eine exceptio de jure tertii. Hievon verschieden ist das Verhältniß, wenn sich ergibt, daß der Miether selbst der Gebrauchsberechtigte sey, mithin die Voraussetzung des Miethverhältnisses hinwegfalle. Aber auch hier würde der Chikane eines böswilligen Miethers leichtes Spiel gegeben seyn, wenn die bloße Behauptung eines solchen Rechtes ihn gegen die Rückgabe zu schützen vermöchte. Er kann nur Gehör finden, wenn er sein eigenes dingliches Recht sofort liquid macht. Für den Fall, daß er dieses nicht vermag, muß, den gemeinrechtlichen Grundsätzen entsprechend, die Eigenthumsfrage der späteren Erörterung vorbehalten und vor Allem der Vertragspflicht des Miethers Genüge geleistet werden. **(Art. 431 Abs. 1.)** Zugleich trifft jedoch der **Art. 431 Abs. 2** Fürsorge, daß nicht die einem Dritten entwendete oder eine verloren gegangene Sache im Falle ihrer Vermiethung in unbefugte Hände gerathe.

Die Bestimmung des **Art. 432** endlich, welche die Geltendmachung eines Retentionsrechtes an der Sache wegen Gegenforderungen unbedingt ausschließt, ist durch die Erfahrung motivirt, daß Miether (und besonders auch Pächter) auf diesem Wege häufig chikanöserweise und zum großen Nachtheile des Vermiethers und Verpächters sich in dem Besitze der Sache zu erhalten suchen. Dem Anspruche des Miethers oder Pächters auf Rückbehaltung des Mieth- oder Pachtzinses für seine vertragsmäßig begründeten Gegenforderungen wird dadurch nicht präjudizirt.

Ist die Ausübung des Gebrauchsrechtes an einer Sache auf den Miether übertragen, so steht im Allgemeinen nichts im Wege, daß er diesen Gebrauch einem Andern überlasse, soferne ihm der Miethvertrag hierin keine Beschränkung auflegt, oder die Wahl des Aftermiethers hinsichtlich seiner Aufführung, seines Gewerbes oder anderer persönlichen Verhältnisse für den Vermiether Nachtheil oder Belästigung begründen würde. Der Miether wird hiedurch keiner seiner Verpflichtungen gegen den Miether entlediget; er übernimmt vielmehr noch weiter die Gefahr, welche daraus entsteht, daß er die vertragsmäßig seiner eigenen Obsorge anheimgegebene Sache fremden Händen anvertraut und haftet für jeden Schaden, welchen der Dritte, dem er den Gebrauch überlassen hat, oder solche Personen, für deren Handlungen dieser einzustehen hat, der Sache zufügen. Diese Ueberlassung kann wieder den Charakter einer Miethe an sich tragen; alsdann fällt diese Aftermiethe unter die Bestimmungen des Miethvertrages. Bei der Wohnungsmiethe tritt hier das besondere Verhältniß ein, daß die Wohnung nun

nicht mehr durch die Sachen des Haupt-, sondern durch die des Aftermiethers eingerichtet wird. Das dem Vermiether zur Sicherheit seiner vertragsmäßigen Forderungen eingeräumte Recht (Art. 423) würde daher gegenstandslos, wenn dasselbe nicht auf die letzteren, wenigstens auf den Betrag der Aftermiethe als Surrogat erstreckt und dabei zugleich der arglistigen Simulation der Vorauszahlung des Aftermiethzinses vorgebeugt würde. **(Art. 434.)** Für den Fall, daß die Aftermiethe gegen das Verbot des Hauptvertrages eingegangen ist, enthält der **Art. 435** die dem Sachverhältnisse entsprechenden Bestimmungen.

Vierte Abtheilung.

Beendigung der Miethe.

Die Vorschriften der **Art. 435–456** über die Beendigung der Miethe gehen theils unmittelbar aus der Natur des Verhältnisses hervor, theils enthalten sie, dem praktischen Bedürfnisse entsprechend, Anhaltspunkte für einzelne Fragen. Außerordentlicher Weise wird dem Vermiether die Kündigung der Miethe zugestanden, wenn eine Ausbesserung des Miethgegenstandes nothwendig wird, welche die vertragsmäßige Fortsetzung der Miethe ausschließt, sowie in Fällen einer offenbaren vertragswidrigen Gefährdung der Sache oder des Miethzinses. **(Art. 441.)** Hinwieder wird die Befugniß, das Miethverhältniß vor Ablauf der Miethzeit aufzuheben, außer den schon früher bezeichneten Fällen, durch den **Art. 443** dem Miether noch weiter alsdann zugestanden, wenn die Fortsetzung des Verhältnisses für ihn mit einer erheblichen Gefahr verbunden wäre. Selbst wenn diese Gefahr nicht durch die Beschaffenheit des Miethgegenstandes begründet ist, sondern durch fremde Sachen oder Verhältnisse, — wenn die Miethwohnung durch den Zustand eines benachbarten Gebäudes oder durch Naturereignisse bedroht ist, — kann dem Miether diese Befugniß ohne Unbilligkeit nicht versagt werden. Er hätte nicht gemiethet, wenn er jene Umstände hätte voraussehen können. Der Art. 443 trifft dabei Fürsorge, daß in einem solchen Falle auch das Interesse des Vermiethers möglichst gewahrt werde.

Nicht ohne Schwierigkeit ist die legislative Behandlung des Falles, wenn der Vermiether oder Verpächter die Sache vor Ablauf der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zeit an einen Dritten veräußert oder durch Vermächtniß übertragen hat. Darüber kann kein Bedenken obwalten, daß dadurch der bestehende Obligationsnexus zwischen den Kontrahenten nicht aufgehoben werden kann, und daß der Verkäufer oder die Erben des Vermächtnißgebers volle Entschädigung zu leisten schuldig sind, wenn sie den früheren Vertrag wegen des eingetretenen Eigenthumswechsels nicht mehr zu erfüllen im Stande sind. **(Art. 444.)** Wie gestaltet sich aber in solchem Falle das Verhältniß zwischen dem Miether oder Pächter und dem neuen Erwerber der Sache?

Nach der strengen Rechtskonsequenz werden mit dem Eigenthume auch die in demselben enthaltenen Nutzungs- und Genußrechte auf den Erwerber übertragen, und das persönliche Recht des Miethers kann gegenüber dem dinglichen Rechte des Erwerbers nicht geltend gemacht werden. — Daß darin unter Umständen für den Miether eine große Härte liegen könne, ist unverkennbar. Der Miether, welcher, im Vertrauen auf seinen für längere Dauer abgeschlossenen Vertrag, seine Einrichtungen, sein Gewerbe u. s. w. nach dem gemietheten Lokal berechnet hat, kann in die größte Verlegenheit gesetzt werden, wenn er durch die Veräußerung des wortbrüchigen Vermiethers plötzlich vertrieben wird. Noch augenfälliger sind die Nachtheile, welche den Pächter treffen können, wenn er unversehens des Erfolges eines mit großer Sorgfalt und Kostenaufwand angelegten Wirthschaftsplanes beraubt wird. Die daraus erwachsenden Entschädigungsansprüche vermögen in vielen Fällen keinen vollständigen Ersatz zu leisten, abgesehen davon, daß es zu ihrer Realisirung sehr oft an einem greifbaren Vermögen des Ersatzpflichtigen mangelt. Neuere Gesetzgebungen (Preußen, Frankreich, Holland, theilweise auch Oesterreich und Zürich) versagen deshalb dem dinglichen Rechte des neuen Erwerbers jene zerstörende Wirksamkeit auf das bestehende vertragsmäßige Benutzungsrecht. Aber auch gegen dieses System machen sich erhebliche Bedenken geltend, nicht nur vom theoretischen Standpunkte aus, sondern auch im volkswirthschaftlichen Interesse der Freiheit und Sicherheit des Eigenthumsverkehrs. Die dem Entwurfe zu Grunde gelegten Anordnungen über die Publizität der das liegenschaftliche Eigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse durch das Grund- und Hyp.-Buch bieten das Mittel dar, die Mißstände der beiden gegenüberstehenden Systeme zu vermeiden, ohne den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu nahe zu treten. In Fällen der obenbezeichneten Art kann sich der Miether oder Pächter zunächst dadurch schützen, daß er mit Zustimmung des Vermiethers oder Verpächters das Mieth- oder Pachtverhältniß in das Grund- und Hyp.-Buch eintragen läßt, und dadurch diesem Verhältnisse eine dingliche Wirksamkeit gegen jeden dritten Erwerber sichert. **(Art. 446.)** Hiebei darf jedoch das Gesetz nicht stehen bleiben. Bei der Miethe von Wohnungen und Aufbewahrungsräumen sowie bei dem Pachte, ist der Schutz des Gesetzes wenigstens insoweit Bedürfniß, daß zur Beendigung der vertragsmäßigen Benutzung gewisse Fristen gestattet werden, welche die Art. 445 u. 480, den hier eintretenden Rücksichten entsprechend, festsetzen. Für die Miethe von beweglichen Sachen erscheint eine ähnliche Fürsorge nicht geboten, nicht nur weil sie in der Regel von weit weniger eingreifendem Belange ist, sondern auch schon deswegen, weil der das Miethverhältniß brechende Eigenthumsübergang nach dem Systeme des Entwurfes bei diesen Sachen durch die Aushändigung bedingt ist, zu welcher der neue Erwerber nicht gelangen kann, solange der Miether dieselbe in Händen hat.

Für die Fälle, wo die Betheiligten sich über die nach dem Eigenthumswechsel eintretenden Verhältnisse nicht geeiniget haben, sondern der neue Eigenthümer durch die Bestimmungen der Art. 445, 446, 480 gezwungen wird, das bestehende Benutzungsrecht für einen gewissen Zeitraum zu respektiren, kann das alsdann eintretende Verhältniß in zweifacher Weise angeordnet werden: entweder so, daß dem

neuen Eigenthümer nur untersagt wird, störend in das bestehende Benutzungsrecht einzugreifen, daß ihm aber im Uebrigen das Miethverhältniß fremd bleibt; oder so, daß der Erwerber in die Rechte und Verpflichtungen des Vermiethers oder Verpächters für die weitere Dauer des Verhältnisses eintritt. Gegen das erste dieser Systeme könnte folgendes Bedenken erhoben werden. Die Pflichten des Vermiethers oder Verpächters beziehen sich auf eine Sache, welche ihm nunmehr fremd geworden ist, worüber ihm keinerlei Verfügung zusteht; — soll er dennoch die aus dem Miethvertrage hervorgehenden Verpflichtungen in Betreff dieser Sache erfüllen, dieselbe in dem gehörigen Zustande erhalten, Ausbesserungen vornehmen u. dgl.? Besonders schwierig wird dieses Verhältniß, wenn es sich um eingreifendere Maßregeln handelt, wie um die Ausführung dringend gewordener Baulichkeiten, welche dem neuen Eigenthümer auch für die Zukunft zu gut kommen, und bei welchen dieser anderntheils von der Willkühr und dem Geschmacke eines andern nicht wohl abhängig gemacht werden kann. Für das zweite System spricht überdies die Betrachtung, daß die Verpflichtungen des Miethers und Pächters das Aequivalent der denselben gestatteten Benutzung der Sache sind, daß es daher sachgemäß erscheinen möchte, mit der gesetzlich angeordneten Fortdauer der letzteren, nach eingetretenem Wechsel des Eigenthümers, — womit die Hauptverbindlichkeit des Lokators ohnehin auf ihn übertragen ist, — vollends den Uebergang des ganzen Verhältnisses eintreten zu lassen, womit sich die Sache einfach und dem praktischen Bedürfnisse entsprechend erledigen würde. Ungeachtet dieser Bedenken schien es doch dem Entwurf prinzipiell unthunlich, einem Dritten, welcher zu dem Vertrage nicht mitgewirkt hat, das dadurch begründete obligatorische Verhältniß aufzudrängen. Dabei ist nicht zu übersehen, daß auch jenes erste System in manchen Fällen ebenso große praktische Schwierigkeiten hervorrufen würde, so u. a. wenn mit einer Wohnungsmiethe oder einem Pachte bewegliche Sachen verbunden und diese in der Veräußerung nicht mitbegriffen sind. Der Entwurf beschränkt sich hienach darauf, die Erfüllung der dem Vermiether oder Verpächter obliegenden Verbindlichkeiten in dem neuen Verhältnisse dem Eigenthümer gegenüber zu ermöglichen **(Art. 447)**, und die Uebertragung des bestehenden Obligationsverhältnisses auf denselben zu begünstigen **(Art. 448)**, wodurch die angedeuteten Schwierigkeiten auf die einfachste Weise beseitiget werden können.

Aehnliche Verhältnisse treten ein, wenn nach Abschluß des Vertrages aus einem in diesem Zeitpunkte schon vorhandenen Rechtsgrunde das Eigenthum oder Nutzungsrecht der Sache auf einen Dritten übergeht. Diesem kann der Vertrag an seinem Gebrauchsrechte natürlich nichts benehmen, vielmehr hört die Voraussetzung des Miethvertrages, — das Recht des Vermiethers selbst und damit die Miethe auf, und der Vermiether hat den Miether zu entschädigen, wenn jenes Verhältniß nicht schon bei dem Abschlusse des Vertrages vorgelegen hat. Allein auch hier kommen die oben erörterten Rücksichten zur Geltung, wenigstens in solchen Fällen, wo der Miether oder Pächter jenes Verhältniß bei dem Abschlusse seines Vertrages nicht gekannt hat. Aber selbst auf diesen Umstand darf es nicht ankommen, wenn der Zeitpunkt des Rückfalls des Eigenthums- oder Nutzungsrechtes damals unge-

wiß war, weil derjenige, welchem die Benutzung der Sache bis dahin zusteht, häufig nicht im Stande seyn würde, dieselbe durch Vermiethung oder Verpachtung zu verwerthen, wenn die augenblickliche Beendigung des eingegangenen Verhältnisses mit dem Eintritte des drohenden Ereignisses zu gewärtigen wäre. **(Art. 453.)**

Das durch Aftermiethe an einen Dritten übertragene Gebrauchsrecht setzt die Fortdauer des Rechtes des Hauptmiethers selbst voraus. Hat dieser die Aftermiethe über die Dauer seines eigenen Rechtes hinaus abgeschlossen, und damit Verbindlichkeiten übernommen, welche er nicht mehr zu erfüllen vermag, so tritt seine Verpflichtung zum Schadensersatze ein. Wenn jedoch der Aftermiether die Sachverhältnisse bei der Eingehung des Vertrages gekannt hat, so muß angenommen werden, daß er sich der Eventualität der früheren Beendigung seiner Aftermiethe unterworfen habe; alsdann hören wohl seine Gegenleistungen mit diesem Zeitpunkte auf, aber auf Entschädigung kann er keinen Anspruch machen. **(Art. 454.)**

Es geschieht häufig, daß das Miethverhältniß unter den bisherigen Bedingungen fortgesetzt wird, nachdem der Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem dasselbe nach dem Vertrage oder nach dem Ortsgebrauche beendiget seyn sollte. Eine solche Relokation kann nicht nur durch ausdrückliche Verabredung, sondern auch durch konkludente Handlungen der Betheiligten abgeschlossen werden. Sie liegt schon bedingungsweise im ursprünglichen Vertrage selbst, wenn die Sache terminweise mit bestimmten Aufkündigungsfristen gemiethet wird, für den Fall, daß eine rechtzeitige Aufkündigung nicht erfolgt. Hier dauern selbst die für das Miethverhältniß bestellten Bürgschaften fort, weil der Bürge sich der Fortsetzung des Verhältnisses bis zur Kündigung unterworfen hat. Ebenso die dafür eingetragenen Hypotheken, über deren eventuelle Geltung jeder Dritte durch das Hypothekenbuch belehrt wird. **(Art. 455.)**

Eine stillschweigende Fortsetzung des Miethverhältnisses liegt nothwendig darin, daß der Miether nach Ablauf der auf eine bestimmte Zeit eingegangenen Miethe in dem Gebrauche der Sache beharrt, mit Wissen und ohne erklärten Widerspruch des Vermiethers. Es kann jedoch in solchem Falle nicht angenommen werden, daß die Parteien die Erneuerung auf dieselbe Zeit beabsichtigen, welche der Vertrag festgesetzt hatte, vielmehr tritt hier das Verhältniß einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Miethe ein, worüber im Art. 439 Vorsehung getroffen ist. Auf die für das Miethverhältniß bestellten Bürgschaften und Hypotheken vermag eine solche Erneuerung keine Wirkung zu äußern. Der Bürge hat seine Verpflichtung auf die im Vertrage bestimmte Zeit beschränkt, nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung kann diese auf einen weiteren Zeitraum erstreckt werden. Ebenso ersieht jeder Dritte aus dem Eintrage im Hypothekenbuche jene Beschränkung der Miethzeit, und darf seine Rechtsgeschäfte über die der Hypothek unterstellte Sache danach bemessen, solange nicht ein neuer Eintrag die Fortdauer des Verhältnisses zur Publizität bringt. **(Art. 456.)**

Für die aus dem Miethverhältnisse entspringenden Klagen auf Ersatz von Auslagen, Verwendungen und Schäden wird im **Art. 457** eine kurze Ver-

jährungsfrist festgesetzt, weil die Feststellung von dergleichen Ansprüchen nach Ablauf längerer Zeit schwierig zu werden pflegt, und daher ein Zwang zu ihrer baldigen Geltendmachung für beide Theile ersprießlich erscheint.

Fünftes Hauptstück.

Pachtvertrag.

Gemäß dem oben zum vierten Hauptstücke entwickelten Systeme des Entwurfes folgen hier die besonderen Bestimmungen über den den Fruchtgenuß an einer Sache oder die Ausübung eines nutzbaren Rechtes bezielenden Pachtvertrag.

Der **(Art. 460)** wiederholt die Vorschrift des Art. 408 Abs. 2, wonach bei der Wohnungsmiethe die Abweichungen von den gesetzlich aufgestellten Regeln der schriftlichen Abfassung unterworfen werden, erfordert aber noch weiter diese schriftliche Errichtung bei allen Pachtverträgen, welche einen Inbegriff von Liegenschaften oder ein nutzbares Recht zum Gegenstande haben. Diese Verträge bieten in der Regel mannichfaltige Beziehungen dar, welche später leicht zu Verwickelungen und Streitigkeiten Anlaß geben, wenn es an einer schriftlichen Begründung des Vertragsverhältnisses fehlt. Eine Belästigung wird in dieser Vorschrift nicht gefunden werden können, da jetzt schon dergleichen Verträge durchgängig schriftlich abgefaßt werden.

Die durch die Art. 288—290 vorgesehene Abweichung des wirklichen Maßes eines Grundstückes von dem im Vertrage bestimmten Maße kann nicht nur beim Kaufvertrage, sondern in analoger Weise auch bei dem Pachtvertrage vorkommen. Jene Bestimmungen werden daher auch für diesen Fall als maßgebend erklärt. **(Art. 462.)** Bei dem Pachtvertrage steigern sich die dem Miether (Art. 425) auferlegten Verpflichtungen in Betreff der Erhaltung der Sache; es werden positive Leistungen von ihm gefordert, welche dort nicht vorkommen. Insbesondere ist es bei landwirthschaftlichen Gütern von der größten Wichtigkeit, daß das Gut nicht durch Mangel an der gehörigen Bebauung in seinem Werthe vermindert werde. Der Verpächter kann zu diesem Ende verlangen, daß der erforderliche Viehstand, sowie das nöthige Ackergeräthe vorhanden seyen. **(Art. 463.)** Im Uebrigen ist der Pächter in der Art wie er das Gut benützen will nicht beschränkt, nur muß er dasselbe bei der Beendigung des Pachtes in dem Zustande zurückgeben, wie er es erhalten hat; deshalb steht ihm die Befugniß nicht zu, ohne Einwilligung des Verpächters Veränderungen in der bisherigen Bewirthschaftungsweise vorzunehmen, welche auf diese über die Pachtzeit hinaus Einfluß äußern würden. **(Art. 464.)**

Die Uebertragung des Genußrechtes an einen Dritten ist auch bei dem Pachte im Allgemeinen nicht ausgeschlossen. Besteht aber das Aequivalent in einem Antheile des Verpächters an den auf dem Gute erzeugten Früchten **(Art. 459)**, so muß angenommen werden, daß die persönlichen Eigenschaften des Pächters, seine Tüchtigkeit, seine Sachkenntniß, bei der Eingehung des Vertrages wesentlich in Betracht gezogen worden seyen. Bei einem solchen Theilpacht ist daher die Vergebung in Afterpacht an die Zustimmung des Verpächters gebunden. **(Art. 465.)**

Die Wohn- und Wirthschaftsgebäude sind bei einem landwirthschaftlichen Pachte, dem Hauptgegenstande desselben, — der Früchteerzeugung — gegenüber, nur Nebensache. Es wäre unpassend, wenn die dem Vermiether bei der Wohnungsmiethe auferlegten Verpflichtungen hinsichtlich der nothwendig werdenden Ausbesserungen, in ihrem vollen Umfange auch hieher bezogen würden, zumal da der Verpächter meistens mit dem Gute in keiner näheren Berührung bleibt. Es werden demselben daher im **(Art. 466)** nur die Kosten der außerordentlichen Reparaturen auferlegt, während die regelmäßig wiederkehrenden dem Pächter zur Last fallen.

Der Pächter bringt nicht immer sein eigenes Vieh, Wirthschaftsgeräthe, Schiff und Geschirr, Baumannsfahrniß, zur Bewirthschaftung des Gutes mit; er findet sie häufig auf dem Gute. In dieser Beziehung sind verschiedene Rechtsverhältnisse möglich. Am seltensten geschieht es, daß dem Pächter jene Gegenstände von dem Verpächter käuflich überlassen werden, wobei es die Regel bildet, daß er den als Kaufpreis bestimmten Werthanschlag nicht sogleich, sondern am Ende des Pachtes zu zahlen hat. Eine solche eigenthümliche Ueberlassung kann nur alsdann angenommen werden, wenn sie ausdrücklich bedungen, oder wenn wenigstens die Absicht der Parteien unzweifelhaft darauf gerichtet ist. Das Verhältniß ist in solchem Falle nach den Vorschriften über den Kaufvertrag zu beurtheilen. **(Art. 467.)** Weit häufiger wird das Gutsinventar dem Pächter unter der Verpflichtung übergeben, nach Beendigung des Pachtes ein Inventar von gleichem Schätzungswerthe zurückzulassen. Ein solcher Vertrag liegt auch darin, daß der Pächter ohne weitere Bestimmung das Inventar nach einem Werthanschlage übernimmt. Durch diesen Vertrag wird der Pächter nicht Eigenthümer der ihm zum Gebrauche und zur Benützung überlassenen Gegenstände; in jener von ihm eingegangenen Verpflichtung liegt aber die Uebernahme der Gefahr des Zufalles während der Dauer des Pachtverhältnisses, und nach dessen Beendigung treten für beide Theile Ansprüche auf Vergütung ein, je nachdem der Stand des Inventars einen Minder- oder Mehrwerth im Vergleiche zu dem ursprünglichen Anschlage darbietet. In der letzteren Beziehung kann es jedoch nicht in die Willkühr des Pächters gelegt werden, durch luxuriöse Verbesserungen und Anschaffungen dem Verpächter Lasten aufzulegen. Sein Anspruch ist auf den Betrag beschränkt, um welche die von ihm bewirkte Werthserhöhung der Bewirthschaftung des Gutes selbst zu statten kommt. **(Art. 468)**. Das Inventar kann aber endlich auch dem Pächter bloß zum Gebrauche ohne Eigenthumsübergang und ohne die im Art. 468 bezeichneten Ver-

pflichtungen übergeben werden. Diese Gebrauchsüberlassung fällt im Wesentlichen mit dem Miethverhältnisse zusammen, welches sich jedoch nach dem Hauptzwecke des Vertrages modifizirt. Der **(Art. 469)** giebt hierüber die erforderlichen Bestimmungen.

Der Pächter übernimmt häufig beim Antritte des Pachtes die auf dem Gute vorhandenen Vorräthe an Stroh, Dünger, Futter, Samengetraide und anderen ähnlichen Gegenständen um einen Werthanschlag. Da diese Gegenstände zum Verbrauche bestimmt sind, so liegt hierin ein Kauf und der Pächter hat die als Preis dienende Anschlagsumme wie im Falle des Art. 467 bei seinem Abzuge zu zahlen. Noch besser entspricht es den landwirthschaftlichen Verhältnissen, daß er statt dessen gleiche Vorräthe zurücklasse. Dieses muß daher in seine Wahl gestellt werden. **(Art. 470.)** Hat hingegen die Ueberlassung solcher Gegenstände nicht die Natur eines Kaufes, weil es an einer Preisbestimmung mittelst der Werthanschläge gebricht, so wird das Rechtsverhältniß in dem Sinne aufgefaßt, daß der Pächter die Vorräthe zu verbrauchen, aber bei seinem Abzuge die gleichen Gegenstände zurückzulassen habe. Was hieran fehlt, hat er nach dem Werthe zur Zeit des Abzuges in Geld zu ersetzen. Zum Gedeihen des landwirthschaftlichen Betriebes ist es von besonderer Wichtigkeit, daß die Produkte derselben an Dünger und Stroh wieder auf das Gut verwendet werden. Besteht auch für den abziehenden Pächter hinsichtlich der vorhandenen Vorräthe dieser Art keine Verbindlichkeit zur Zurücklassung aus dem obigen Grunde, so kann ihm doch ohne Unbilligkeit zugemuthet werden, daß er sie auf Verlangen des Verpächters gegen Ersatz des Werthes demselben abtrete. **(Art. 471.)** Außerdem wird, auch in Ermangelung positiver Vertragsbestimmungen, angenommen, daß die bei dem Antritte des Pachtes bereits bestellten Grundstücke in demselben Zustande zurückgelassen werden sollen. **(Art. 472).**

Der Pächter von Grundstücken muß in der bezogenen Ernte das Aequivalent nicht nur für den Pachtpreis, sondern auch für seine Arbeit und Auslagen empfangen. Wird ihm dasselbe ganz oder theilweise durch einen außerordentlichen Unglücksfall entzogen, so fordert es die Billigkeit, wenn nicht die Konsequenz des strengen Rechtes, daß ihm wenigstens die Zahlung des vollen Pachtzinses nicht zugemuthet werde. Hierüber herrscht in den bestehenden Gesetzgebungen Uebereinstimmung, während dieselben in Betreff der Voraussetzungen und der übrigen Modalitäten des zu bewilligenden Nachlasses weit auseinander gehen. Der Entwurf hält die Mitte zwischen der äußersten Begünstigung, welche das römische Recht dem Pächter zuwendet und der entgegengesetzten Richtung anderer Gesetzgebungen. **(Art. 473, 474.)** Die gewöhnliche Bestimmung, daß bei mehrjährigen Pachtungen der Verlust des einen Jahres mit dem besonders reichlichen Ertrage anderer Jahre ausgeglichen werden soll, wurde, obschon sie sich durch strenge Konsequenz empfehlen mag, schon aus dem Grunde nicht aufgenommen, weil sie zu großen Weiterungen und meist kostspieligen Erhebungen und Schätzungen führt. Ihre strenge Durchführung würde eine fortlaufende genaue Kontrole der Pachterträgnisse und des damit verbundenen Aufwandes während der ganzen Dauer

des Pachtes erfordern, wie sie das preußische Landrecht anordnet. Entscheidend ist aber die Betrachtung, daß der reichere Ertrag einzelner Pachtjahre seine Kompensation darin findet, daß dem Pächter für die Unglücksjahre kein Nachlaß zu Theil wird, wenn der Verlust weniger als die Hälfte beträgt. Das einfachere System des Entwurfes dürfte um so weniger Bedenken finden, weil der Pächter sich zu einem höheren Pachtzinse verstehen wird, wenn er sich durch das Gesetz in höherem Umfange gesichert sieht.

Wenn der Remissionsanspruch des Pächters auf den Gesichtspunkt gegründet wird, der Verpächter habe dafür einzustehen, daß jener die Früchte des Gutes ungehindert perzipire, so erscheint folgerichtig der Zeitpunkt der Trennung der Früchte vom Boden als entscheidend. Den hier vorherrschenden Rücksichten der Billigkeit und den eigenthümlichen Verhältnissen des Landpachtes entspricht dieses aber nicht. Häufig müssen die vom Boden getrennten Erzeugnisse noch eine Zeit lang auf dem Felde verbleiben, um zur völligen Reife zu gelangen. Recht eigen, im Sinne des Volkes, sind sie für den Pächter erst, wenn die Ernte durch ihre Einheimsung vollendet ist. Der Art. 473 erklärt daher diesen Zeitpunkt als maßgebend. Häufig entsteht darüber Zweifel, was in dem vorliegenden Verhältnisse als Unglücksfall betrachtet werden soll. Der **Art. 474** gibt hiefür den erforderlichen Anhaltspunkt. Insbesondere wurde es der Billigkeit für angemessen erachtet, daß der Anspruch des Pächters auf Nachlaß nicht auf die Beschädigung schon gewachsener Früchte beschränkt, sondern auch auf das gänzliche oder theilweise Ausbleiben des gewöhnlichen Wachsthums ausgedehnt werde.

Der Pächter kann seinem Recht auf Nachlaß durch den Vertrag entsagen, indem er die Gefahr der Unglücksfälle übernimmt. Außerdem erscheint es nothwendig, die mit einer verspäteten Erhebung der letzteren verbundenen Schwierigkeiten dadurch abzuschneiden, daß der Remissionsanspruch an die Bedingung der alsbaldigen Konstatirung des Schadens geknüpft wird. **(Art. 475).** Bei dem Theilpachte ergibt sich der Nachlaß von selbst dadurch, daß der Verpächter unmittelbar die durch den Unglücksfall verursachte Minderung der Früchte mitzutragen hat. Diese Theilnahme des Verpächters an der Gefahr erstreckt sich übrigens nach der Natur des Verhältnisses auch auf Unglücksfälle, welche die eingeheimsten Früchte treffen, soferne nicht der Theilpächter mit der Ablieferung säumig war. **(Art. 476).**

Die für die Dauer der Miethe gegebenen Vorschriften erleiden für das Pachtverhältniß einige durch die Eigenthümlichkeit des letzteren gebotene Modifikationen, welche die **Art. 477—481** enthalten. Ebenso muß die dem Miether im Art. 441 ertheilte Befugniß, das Verhältniß vor Ablauf der Miethzeit aufzuheben, hier auf den Fall ausgedehnt werden, daß der Pächter die ihm im Interesse des Pachtgutes im Art. 462 auferlegten besonderen Verpflichtungen nicht erfüllt. **(Art. 482.)**

Der **Art. 483** ist dem Art. 422 analog.

Sechstes Hauptstück.

Dienstverdingung.

Dienstverdingung und Werkverdingung, obgleich in mehrfacher Beziehung verwandt, unterscheiden sich wesentlich in Betreff ihres Objektes, indem bei der ersten die Dienst- oder Arbeitsleistung unmittelbar selbst, bei der zweiten das Produkt derselben, ein durch die Arbeit geschaffenes Werk, den Gegenstand des Vertrages bildet. Es würde für die Darstellung wenig gewonnen, wenn man anderwärtigen Versuchen folgend, die beiden Verträgen gemeinsamen Vorschriften hervorheben wollte, und der Entwurf hat deßhalb jeden derselben gesondert behandelt.

Die Zusage der Leistung von Diensten von der einen und eines dafür zu gebenden bestimmten Lohnes in Geld oder andern Leistungen von der andern Seite bildet das Wesen der Dienstverdingung. Die Festsetzung dieses Lohnes darf nicht in die Willkühr des einen oder des anderen Kontrahenten gestellt seyn; es ist aber nicht nothwendig, daß der Betrag desselben durch den Dienstvertrag ausdrücklich bezeichnet sey. Es genügt, daß die vertragsmäßig zu leistenden Dienste solche seyen, für welche gewöhnlich Lohn gegeben wird, und daß keine zureichenden Gründe zur Annahme der Absicht einer unentgeltlichen Dienstleistung vorliegen, um den Vertrag in dieser Beziehung nach der bestehenden obrigkeitlichen Festsetzung oder dem Ortsgebrauche zu ergänzen. **(Art. 484 u. 485.)**

Zu den eigentlichen Lohndiensten, welche die Begriffsbestimmung des Art. 484 bezeichnet, gehören die Dienste höherer Art nicht, bei welchen zwar auch eine Gegenleistung (Honorar, Salar) stattfindet, welche aber eine höhere Befähigung, wissenschaftliche Kenntnisse, Kunstübung und dergl. voraussetzen (operae liberales), wie die Dienstleistungen der Aerzte, Advokaten, Lehrer 2c. **(Art. 486.)** Das Verhältniß ist jedoch ein analoges, weßhalb die für die gewöhnliche Dienstverdingung gegebenen Vorschriften auf dasselbe anwendbar erklärt werden **(Art. 509)**, wobei es nur nothwendig war, hinsichtlich der Ausübung derjenigen Dienstleistungen dieser Art, welche an eine obrigkeitliche Ermächtigung gebunden sind, und hinsichtlich der Einhaltung der deßfalls bestimmten Maximaltaxen, die entsprechende Vorsehung zu treffen. **(Art. 510.)**

Bei der Dienstverdingung kommt die Persönlichkeit der Kontrahenten wesentlich in Betracht; es ist daher dem Dingenden nicht gestattet, die gedungenen Dienste weiter an einen Dritten zu verdingen **(Art. 487)**, sowie anderseits derjenige, welcher seine Dienste zugesagt hat, sie nicht durch einen Andern leisten lassen darf, wenn dieses nicht durch besondere Umstände gerechtfertiget ist. Selbst in diesem Falle legt ihm das Gesetz unter gleichen Voraussetzungen wie im Mandatsverhältnisse die Haftung für die Fehler des von ihm gewählten Stellvertreters oder Gehilfen auf. **(Art. 491.)** Ueber die Art der Dienstleistung gibt der **Art. 492** die erforderlichen Vorschriften. Der Vertrag wird zur Erfüllung der Zwecke und Bedürfnisse des Dingenden eingegangen, seine Anweisung

muß daher hierin vor Allem als maßgebend betrachtet werden, und dem Verdinger steht es nicht zu, seinen Eigenwillen dagegen geltend zu machen, so lange ihm keine dem Inhalte oder der Intention des Vertrages zuwiderlaufende Zumuthung gemacht wird.

Beschädigungen, welche den Dienstverdinger in der Dienstleistung treffen, begründen gegen den Dingenden keinen Anspruch auf Ersatz, wenn sie aus reinem Zufall hervorgehen; wohl aber, wenn dem Dingenden dabei eine Verschuldung zur Last fällt. Einer solchen muß es gleich gestellt werden, wenn die Beschädigung in Folge der von ihm vorherzusehenden besonderen Gefährlichkeit der Dienstleistung eingetreten ist; denn in diesem Falle ist billigerweise zu vermuthen, der Dingende habe die Entschädigung stillschweigend auf sich genommen. **(Art. 493.)**

Bei vielen Dienstleistungen, namentlich von Handwerkern, pflegt der Verdinger allein die dazu erforderlichen Werkzeuge zu besitzen; bei anderen, namentlich bei häuslichen Diensten, ist es üblich, daß sie von dem Dingenden gestellt werden. Um für zweifelhafte Fälle einen bestimmten Anhaltspunkt zu geben, wird als Regel aufgestellt **(Art. 494)**, daß der Verdinger die Werkzeuge zu stellen habe. Für den entgegengesetzten Fall wird es kaum irgendwo an einer maßgebenden Ortsübung fehlen; wo es nothwendig ist, kann dieses durch die Verabredung der Parteien ergänzt werden. Hat aber der Dienstverdinger die Werkzeuge von dem Dingenden zur Ausführung der Arbeit erhalten, so muß er für den Verlust und für die Beschädigung derselben haften, da der Dingende darüber nicht zu wachen im Stande ist, und der Dienstverdinger ist von dieser Haftung nur dann frei, wenn er nachweist, daß ihm keine Verschuldung zur Last falle. **(Art. 495.)**

Häufig bestehen nach dem Ortsgebrauche Dienstziele oder sie werden durch den Vertrag festgesetzt; die Dienstleistung und die Vergütung derselben kann auch nach Zeitabschnitten, Maßen oder Stücken verabredet seyn. In solchen Fällen wird angenommen, daß sich die Zahlung des Lohnes ebenfalls darnach zu richten habe. Ist dagegen der Lohn für die Dienstleistung im Ganzen bedungen, so kann der Verdinger auf die Zahlung desselben erst dann Anspruch machen, wenn er der Vertragspflicht durch Vollendung der Dienstleistung von seiner Seite entsprochen hat. **(Art. 496.)**

Für den Dingenden ist es von entscheidender Wichtigkeit, daß die Dienste rechtzeitig geleistet werden; es kann ihm nicht zugemuthet werden, sie später noch anzunehmen. In solchem Falle hat der Verdinger, weil er seinerseits den Vertrag nicht erfüllt hat, nach den allgemeinen Grundsätzen über Schuldverhältnisse keinen Anspruch auf den Lohn, selbst wenn er durch unverschuldete Ereignisse an der rechtzeitigen Dienstleistung verhindert wurde. Die weitere Verpflichtung zum Schadensersatze tritt aber ein, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. **(Art. 497.)** Aus demselben Gesichtspunkte ist im **Art. 498** der Fall geregelt, wenn der Verdinger nicht blos der Zeit nach, sondern überhaupt an der vollständigen Erfüllung seiner Vertragspflicht verhindert ist. Nach ähnlichen Grundsätzen setzt end-

lich der **Art. 498** die Verpflichtung des Dingenden fest, wenn die Vollziehung des Vertrages von seiner Seite verhindert wird. Wenn insbesondere die Vollziehung des Vertrages durch einen Zufall verhindert wird, welcher den Dingenden trifft, dieser mag nun seine Person oder sein Besitzthum betreffen, so kann der Dienstverdinger, welchem die Verhältnisse fremd sind, darunter nicht leiden, daß der Dingende seine Dienste nicht weiter anzunehmen im Stande ist. Nur fordert die Billigkeit, daß in solchem Falle dem Anspruche nicht weiter Raum gegeben werde, als soweit dem Verdinger nicht statt der nun hinwegfallenden Dienstgelegenheit durch anderweitige Thätigkeit ein gleicher Verdienst eröffnet ist.

Wenn die gedungenen Dienste vollständig geleistet sind, oder die Dingzeit abgelaufen ist, so endiget die Dienstverdingung von selbst. Gleiches tritt aber auch ein mit dem Tode oder der gänzlichen Leistungsunfähigkeit des Verdingers, soferne nicht von der Regel, daß die Dienste persönlich geleistet werden sollen, in dem gegebenen Falle eine Ausnahme besteht. **(Art. 500.)** Dagegen ist die Beendigung der Verdingung keine nothwendige Folge des Todes des Dingenden; nur muß in diesem Falle sowohl den Erben des Dingenden als auch dem Dienstverdinger billigerweise das Kündigungsrecht gestattet werden. **(Art. 502.)** Aber auch schon vor der Zeit der regelmäßigen Beendigung des Vertragsverhältnisses treten Fälle ein, wo es dem einen oder andern Theile gestattet seyn muß, den Vertrag aufzuheben. Diese Befugniß wird insbesondere dem Dingenden in dem Falle zugesprochen **(Art. 501)**, daß der Verdinger sich eine erhebliche Verletzung seiner Vertragspflichten zu Schulden kommen läßt, weil dadurch die Erfüllung der dem Vertrage zu Grunde liegenden Zwecke des Dingenden gefährdet und das Vertrauen verletzt wird, welches derselbe in die treue Pflichterfüllung von Seiten des Verdingers setzen muß. Auch alsdann muß dem Dingenden die Aufhebung des Vertrages freigestellt werden, wenn die Dienste in seinem Hause zu leisten sind, die Duldung des Dienenden in dem dadurch bedingten nahen Verhältnisse aber dem Dienstherrn wegen eines ekelerregenden oder ansteckenden Uebels, womit der Diener behaftet ist, nicht weiter zugemuthet werden kann. Noch strengere Anforderungen sind an den Dienstverdinger zu stellen, welcher mit dem Dingenden in das engere Verhältniß der häuslichen Gemeinschaft tritt. Ist auch im Allgemeinen an die Stelle des früheren patriarchalischen mit persönlicher Unterthänigkeit der Hausdiener gegenüber dem Dienstherrn verbundenen Verhältnisses nach unseren heutigen Sitten ein einfacheres Vertragsverhältniß getreten, so fordern doch jene nahen persönlichen Beziehungen, daß es dem Dienstherrn erlaubt seyn müsse, den Vertrag aufzuheben, wenn der Diener sich eine unsittliche Aufführung zu Schulden kommen läßt, wenn er sich grobe Unarten gegen den Dienstherrn oder seine Angehörigen erlaubt, oder in anderer Weise die ihm durch seine Stellung im Hause auferlegten Pflichten gröblich verletzt. Rücksichten der Billigkeit erfordern ferner, daß die Kündigung einer auf längere Zeit eingegangenen Dienstverdingung dem Dingenden auch dann gestattet werde, wenn er durch Unglücksfälle zu einer erheblichen Einschränkung seines Haushaltes oder Geschäftes genöthigt ist. Doch fordert der **Art. 502** in solchem

Falle im Interesse des Dieners die Einhaltung der Kündigungsfristen, was in dem durch den vorhergehenden Artikel bezeichneten Falle nicht geboten ist, weil dort die zur Aufhebung des Dienstverhältnisses führende Verfehlung des Dieners von der Art seyn kann, daß er nicht länger im Dienste geduldet werden darf. Aber auch dem Dienstverdinger muß die Aufhebung des Verhältnisses vor Ablauf der Dienstzeit gestattet werden, wenn durch die Fortsetzung desselben seine Wohlfahrt oder sein Interesse wesentlich gefährdet erscheint, was in den im **Art. 503** bezeichneten Fällen angenommen werden muß. Da die Veranlassung zur Aufhebung des Vertrages hier von dem Dingenden ausgeht, so gestattet der Entwurf dem austretenden Diener einen angemessenen Entschädigungsanspruch wegen des ihm entgehenden Diensterwerbes. Aehnliche Rücksichten, wie sie dem Art. 502 zu Grunde liegen, begründen auch zu Gunsten des Dieners ein Kündigungsrecht, wenn sein Austritt zum Zwecke seiner Verehelichung oder der Begründung seines Nahrungsstandes nothwendig wird. **(Art. 504.)**

Die Dauer der Dienstmiethe kann nicht nur durch Vertrag festgesetzt werden; häufig ergibt sich dieselbe aus dem Zwecke der Verdingung, auch besteht in der Regel hierüber ein bestimmter Ortsgebrauch. Fehlt es an diesen Anhaltspunkten, so muß angenommen werden, daß der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen sey, indem zur Annahme der Perpetuirlichkeit des Verhältnisses, etwa bis zum Tode der einen oder der andern Partei, kein zureichender Grund vorliegt. Nur bedarf es hier der Aufkündigung, worüber der **Art. 505 Abs. 2** die sachgemäßen Vorschriften, analog denen über die Miethe (Art. 439) ertheilt. Als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen betrachtet der Entwurf **(Art. 506)** auch den Vertrag, wodurch sich der Verdinger auf seine eigene oder des Dingenden oder eines Dritten Lebenszeit verpflichtet. Einer solchen Entäußerung des Verfügungsrechts über die eigenen Kräfte des Verdingers, welche für sein ganzes Leben nachtheilige Folgen nach sich ziehen könnte, darf nicht stattgegeben werden. Das Interesse der andern Partei fordert indessen, daß hier eine längere Kündigungsfrist festgesetzt werde.

In Betreff der durch die Fortsetzung der Dienstleistung begründeten stillschweigenden Erneuerung des Vertrages macht sich ebenfalls die Analogie der Miethe geltend. **(Art. 507.)** Der Vollständigkeit wegen erwähnt der Entwurf zum Schlusse **(Art. 508)** des Falles, daß der Dienstverdinger in Folge seines Dienstes ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten für den Dingenden vorzunehmen hat. Es kann nicht zweifelhaft seyn, daß hier lediglich die Bestimmungen über das Mandat maßgebend seyn müssen, indem das Dienstverhältniß keinen besonderen Einfluß auf die daraus hervorgehenden Rechtswirkungen zu äußern vermag.

Siebentes Hauptstück.

Werkverdingung.

Der **Art. 511** bezeichnet als Gegenstand dieses Vertrages die Ausführung eines Werkes gegen Zahlung eines im Ganzen festgesetzten oder nach Stücken oder Maßen zu berechnenden Preises. Der damit verwandte, jedoch seinem Objekte und Zwecke nach wesentlich verschiedene Frachtvertrag hat in dem Entwurfe keine Stelle erhalten, weil er als zum Handelsrechte gehörig in dem Entwurfe des deutschen Handelsgesetzbuches behandelt ist. Einige Schwierigkeit bietet die Begrenzung dieser Materie für den Fall, wenn der Unternehmer den Hauptstoff zu dem übernommenen Werke zu liefern hat. Man hat darin einen Kauf zu finden geglaubt, und das Rechtsgeschäft läßt sich in der That ganz füglich in dieser Weise auffassen. Der Entwurf geht jedoch in diese Unterscheidung nicht ein, weil auch in der gegebenen Voraussetzung der entscheidende Charakter der Werkverdingung dadurch vorwiegt, daß die Entstehung des Werkes durch den Auftrag des Bestellers veranlaßt ist, und daß dasselbe nach seinen Direktiven ausgeführt werden muß. Diese dem allgemeinen Rechtsbewußtseyn entsprechende einfachere Auffassung beseitigt überdies die Schwierigkeiten, welche sich darüber ergeben könnten, ob das vom Unternehmer gelieferte Material als Hauptstoff zu betrachten sey oder nicht.

Bei der Werkverdingung bildet zwar nicht die Dienstleistung, — die Arbeit — den unmittelbaren Gegenstand des Vertrages, sondern das dadurch hervorzubringende Werk; allein da in den meisten Fällen auf die persönliche Tüchtigkeit des Unternehmers Rücksicht genommen, und daher nur die von ihm selbst zu bewerkstelligende Fertigung des Werkes beabsichtigt wird, so muß die bei der Dienstmiethe im Art. 491 aufgestellte Regel auch hier gelten. Dagegen kann die Zuziehung von Mitarbeitern und Gehilfen in der Regel keinem Anstande unterliegen, weil diese nur nach der Vorschrift des Unternehmers handeln, die Ausführung des Ganzen aber in der Hauptsache doch durch den letzteren realisirt wird. Hierüber ertheilen die **Art. 512 u. 513** die erforderlichen näheren Vorschriften. Die aus dem Vertrage hervorgehende Verpflichtung des Unternehmers besteht im Wesentlichen darin, daß er das Werk der Verabredung entsprechend ausführe und, soferne eine Uebergabe Platz greift, diese bewerkstellige. Dieses muß überdieß in der ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit geschehen. In Ermangelung eines bestimmten Anhaltspunktes wird in der letzteren Beziehung angenommen, daß der Zeitraum maßgebend sey, welcher bei Anwendung gewöhnlichen Fleißes zur Vollendung des Werkes erfordert wird. **(Art. 514.)**

Den Verpflichtungen des Unternehmers steht die doppelte Vertragspflicht des Bestellers gegenüber: das vertragsmäßig ausgeführte Werk gut zu heißen und anzunehmen, und den bedungenen Preis zu zahlen. **(Art. 515.)**

Es erscheint zweckmäßig, durch eine ausdrückliche Bestimmung die Ansprüche abzuschneiden, welche von den Unternehmern größerer Werke nicht selten, trotz der vertragsmäßigen Festsetzung des Preises im Ganzen oder nach gewissen Maaßen unter dem Vorwande erhoben werden, daß der Arbeitslohn oder der Preis der Materialien gestiegen sey. Ein solcher Anspruch erscheint um so weniger begründet, da das Sinken dieser Preise auch dem Besteller nicht zu Gute kommt. Ein Mißbrauch anderer Art kommt mitunter bei Bauunternehmungen vor, indem Nachforderungen wegen nicht vorgesehener Aenderungen und Zusätze des übernommenen Werkes erhoben werden. Mögen sie auch zweckmäßig erscheinen, so ist der Unternehmer jedenfalls nicht berechtiget, auf Kosten des Bauherrn ohne dessen ausdrückliche Anordnung oder Genehmigung von dem verabredeten Bauplane abzugehen. **(Art. 516.)**

Die Gutheißung des vollendeten Werkes von Seiten des Bestellers begründet nicht nur für denselben die Verpflichtung zur Annahme und zur Zahlung des Preises, sondern sie hat auch noch die weitere Folge, daß der Besteller die ihm nach Art. 518 zustehenden Befugnisse im Falle der Mangelhaftigkeit des Werkes verliert, soferne er bei gehöriger Sorgfalt im Stande war, die vorhandenen Mängel und die Abweichungen der Ausführung von der Bestellung wahrzunehmen **(Art. 519.)**, ferner daß für den Unternehmer nur noch die Haftung für die Dauerhaftigkeit im Falle des Art. 530 übrig bleibt. Die Gutheißung kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen ertheilt werden, welche die Absicht, das Werk gutheißen und annehmen zu wollen, unzweifelhaft kund geben. **(Art. 517 Abs. 1.)** Dieselbe Folge verbindet der Artikel im **Abs. 3** mit dem Verzuge des Bestellers und mit solchen Handlungen, welche nur der Eigenthümer vorzunehmen berechtiget ist. Ist nämlich die vertragsmäßige Zeit zur Uebergabe des Werkes eingetreten, und ist der Unternehmer dazu bereit, so darf sein Interesse in keiner Weise dadurch gefährdet werden, daß es dem Besteller gefällt, die Prüfung des vollendeten Werkes und die Erklärung über dessen Gutheißung willkürlich zu verzögern; dieser muß es seiner eigenen Schuld zuschreiben, wenn seine Gutheißung fingirt wird. Ebenso kann der Besteller, wenn er die im Abs. 3 bezeichneten Handlungen vornimmt, nicht mehr berechtiget seyn, die Gutheißung und Annahme des Werkes zu verweigern, nachdem er schon wie ein Eigenthümer mit dem Werke verfahren ist.

Nachdem das Werk von dem Besteller einmal angenommen ist, befindet er sich in der Lage, auch solche Mängel desselben und Abweichungen von der Bestellung zu entdecken, deren Wahrnehmung ihm im Augenblicke der Prüfung und Gutheißung des Werkes auch bei gehöriger Sorgfalt nicht wohl möglich war, und es kann ohne Unbilligkeit verlangt werden, daß der Besteller in solchem Falle seine Ansprüche in kurzer Frist geltend mache, weil es nach Verlauf einer längeren Zeit meistens schwierig wird, den Zustand zu konstatiren, in welchem sich die Sache im Augenblicke der Uebergabe befunden hat. Der **Art. 520** setzt deshalb hiefür kurze Verjährungsfristen fest.

Sind die Mängel durch die Fehlerhaftigkeit des von dem Besteller selbst gelie-

ferten Stoffes oder der von ihm vorgeschriebenen Ausführungsweise begründet, so hat er dieses sich selbst zuzuschreiben. Dem Unternehmer, auf dessen bessere Beurtheilung der Besteller sich verlassen muß, liegt es jedoch ob, vor der Ausführung eine genaue Prüfung jenes Stoffes und der getroffenen Anordnungen vorzunehmen, und erforderlichen Falles den Besteller rechtzeitig aufmerksam zu machen. Versäumt er diese Pflicht, so kann er sich damit, daß der Stoff nicht von ihm auserwählt und geliefert, oder die Ausführungsweise nicht von ihm vorgeschlagen sey, nicht entschuldigen. **(Art. 521.)**

Bei dem Entschlusse zu einem kostspieligen Unternehmen, namentlich zur Ausführung eines Baues, zieht der Eigenthümer seine Verhältnisse zu Rathe; er wird von dem Unternehmen abstehen, wenn der damit verbundene Aufwand mit diesen oder mit dem Nutzen, den ihm das Werk verspricht, nicht im Verhältniß steht. Er muß sich, wenn er nicht die Ausführung des Werkes im Ganzen für einen festgesetzten Preis verdingt, sondern den Stoff dazu liefert, auf den von dem sachverständigen Werkunternehmer gefertigten Voranschlag verlassen können. Wird er durch diesen getäuscht, indem die wirklichen Kosten den Voranschlag in einem erheblichen Verhältnisse übersteigen, so muß es ihm freistehen, die Ausführung des Werkes aufzugeben. Der Unternehmer kann in solchem Falle den Lohn nur nach dem Maße der bereits geleisteten Arbeit nebst seinen Auslagen in Anspruch nehmen. Aber auch diese Ansprüche müssen hinwegfallen, wenn er wissentlich oder aus grobem Versehen die Kosten zu niedrig angeschlagen hat. **(Art. 522.)**

Das verdingte Werk soll den Zwecken des Bestellers dienen. Ist er aus irgend einem Grunde veranlaßt, die Bestellung aufzugeben, so muß ihm dieses freistehen, wenn er dem Unternehmer nicht nur die bereits verwendeten Arbeiten und Auslagen vergütet, sondern auch dem weiteren Interesse desselben an der Vollziehung des Vertrages hinsichtlich seines daraus zu ziehenden Gewinnes Genüge leistet. **(Art. 523.)** Zu den gleichen Leistungen ist der Besteller nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes dann verpflichtet, wenn die Ausführung des Werkes durch seine Schuld oder durch einen ihn selbst treffenden Zufall verhindert wird. **(Art. 524.)** Die entgegengesetzten Folgen treten ein, wenn die Schuld den Unternehmer trifft, oder der Zufall in seiner Person eingetreten ist. **(Art. 525.)**

Wenn das Werk vor seiner Vollendung oder vor seiner Gutheißung zu Grunde geht, so treten je nach der Veranlassung dieses Unterganges verschiedene Folgen ein. Ist es ein reiner Zufall, so ist kein Theil dem andern deßhalb verantwortlich, jeder trägt vielmehr zu seinem Theile den durch den Zufall entstandenen Schaden; der Unternehmer verliert den Lohn seiner Arbeit und den ihm gehörigen Stoff, — der Besteller den von ihm selbst gelieferten Stoff. Es wird jedoch dabei vorausgesetzt, daß der Besteller sich keinen Verzug hinsichtlich seiner Erklärung über die Annahme oder Ablieferung des Werkes habe zu Schulden kommen lassen, weil in solchem Falle das Werk als gutgeheißen betrachtet wird, (Art. 517, Abs. 3) und die Gefahr auf den Besteller übergeht. **(Art. 526.)** Der Besteller ist verpflichtet den Unternehmer schadlos zu halten, wenn auf ihn die Schuld

des Unterganges fällt, sey es in Folge eines Fehlers des von ihm gelieferten Stoffes oder der von ihm vorgeschriebenen Ausführungsweise. (**Art. 527.**) Nur tritt auch hier in Betreff der Pflicht des Unternehmers zur sorgfältigen Prüfung die dem Art. 521 zu Grunde gelegte Rücksicht ein. Er hat, wenn er diese Pflicht versäumt, sowie im Falle einer unmittelbaren Verschuldung die Folgen des Unterganges des Werkes zu tragen. Mit der Gutheißung des vollendeten Werkes geht die Gefahr des Verlustes in ihrer ganzen Ausdehnung auf den Besteller über, es wäre denn, daß der Untergang durch einen solchen Fehler des Werkes herbeigeführt sey, für welchen der Unternehmer auch nach jenem Zeitpunkte zu haften hat. Die dem Art. 520 zu Grunde gelegte Betrachtung, daß der Besteller nach der Uebergabe des Werkes in die Lage versetzt und deshalb aufgefordert ist, dasselbe genau zu prüfen, führt jedoch auch hier zu der Bestimmung, daß die demselben in solchem Falle erwachsenen Rechte und Ansprüche innerhalb der festgesetzten Verjährungsfristen geltend gemacht werden müssen. Eine besondere Ausnahmsbestimmung erfordert die Haftung der Unternehmer von Bauwerken, wegen der hier vorwaltenden eigenthümlichen Verhältnisse. Eine erschöpfende vollständige Untersuchung des vollendeten Werkes ist hier ohne theilweise Zerstörung desselben nicht wohl möglich. Die gröbsten Fehler der inneren Construktion und des verwendeten Materiales sind dem prüfenden Auge verborgen und werden oft nur nach längerer Zeit in ihren schweren Folgen erkennbar. Deßhalb legen die meisten neueren Gesetzgebungen einem solchen Unternehmer eine strengere und länger dauernde Haftung auf. Diesen folgt der Entwurf (**Art. 530**); jedoch unter Beschränkung der Haftungsfrist auf fünf Jahre, (statt der 10 Jahre des französ. Gesetzbuches, Art. 1792, und des Zürich §. 1578.) innerhalb welcher angenommen wird, daß die eingetretene Baufälligkeit oder der Einsturz des Bauwerkes der Schuld des Unternehmers zuzuschreiben sey, wenn nicht eine andere Ursache wahrscheinlich gemacht ist. Diese fünf Jahre sind nach der Fassung des Entwurfes ebenso wie die Fristen der Art. 520 und 529 nicht als bloße Probezeiten zu betrachten, sondern zugleich als Verjährungsfristen für die Anstellung der Entschädigungsklage.

Ob der Vertrag durch den Tod des Unternehmers aufgelöst werde, hängt davon ab, ob auf die Persönlichkeit des letzteren besondere Rücksicht genommen ist, wie dieses auch für die im Art. 512 behandelte Frage entscheidet. Ist aber auch jene Persönlichkeit nicht besonders berücksichtiget worden, so geht es doch nicht wohl an, die Vollziehung des Verdingungsvertrages mittelst Vollendung des Werkes den Erben des Unternehmers als Zwangspflicht aufzulegen, da ihre Verhältnisse dazu möglicherweise durchaus nicht geeignet seyn können. Der **Art. 531** macht dieses daher von ihrer Wahl abhängig.

Wird gegen den Besteller die Gant eröffnet, so ist weder dem Unternehmer zuzumuthen, daß er weitere Arbeit und Kosten auf die Ausführung des bestellten Werkes verwende, für welche er keinen oder nur einen unvollständigen Ersatz zu erwarten hat, noch auch den übrigen Gläubigern, daß sie das Werk auf Rechnung der Masse ausführen lassen. Erachten sie dieses jedoch für ersprießlich, so

kann der Unternehmer die Ausführung nicht verweigern; er muß aber wegen seines Lohnes zuvor hinlänglich gesichert werden. **(Art. 532.)**

Wenn unter den oben bezeichneten verschiedenartigen Voraussetzungen das bestellte Werk nicht zur Vollendung kommt, ohne daß der Unternehmer auf den Preis oder auf den vollen Ersatz seiner Arbeit und Auslagen Anspruch zu machen hat, so müssen doch die Verwendungen berücksichtiget werden, durch welche der von dem Besteller gelieferte Stoff oder dessen Sache einen höheren Werth erlangt hat. In dieser Beziehung ertheilen die **Art. 533, 534** die dem Sachverhältnisse entsprechenden Verfügungen.

Achtes Hauptstück.

Gesellschaftsvertrag.

Bei dem Gesellschaftsvertrage mußte eine eingehende Berücksichtigung dem Entwurfe eines deutschen Handelsgesetzbuches zugewendet werden, welches diesen Gegenstand in sehr ausführlicher Weise (Art. 84—141, Art. 142—249) behandelt. Der gegenwärtige Entwurf adoptirt in mehreren wesentlichen Punkten die über die offene Handelsgesellschaft aufgestellten Grundsätze, soweit dieselben auch auf die gewöhnliche Gesellschaft passen. Diese Uebereinstimmung erschien um so nothwendiger, als heutzutage auch zwischen Nichthandelsleuten Unternehmungen vorkommen, welche mit denjenigen, die in das Gebiet des Handelsrechtes fallen, sehr nahe verwandt sind.

Bei der Begriffsbestimmung des Gesellschaftsvertrages **(Art. 535)** war hervorzuheben, in welcher Weise eine vermögensrechtliche Gemeinschaft, — das charakteristische civilrechtliche Element dieses Vertrages, — zum Daseyn kommen könne. Es kann dieselbe schon vermöge des gemeinsamen Zweckes — wie bei der Erwerbsgesellschaft — gegeben seyn oder erst in der Vereinigung der Mittel zu dem gemeinsamen Zwecke hervortreten, wie z. B. bei einer Verbindung zu einem künstlerischen, geselligen, gemeinnützigen oder patriotischen Unternehmen, bei welchem sich die Gesellschafter zu Vermögensbeiträgen gegenseitig verpflichten und erst hiedurch in ein Schuldverhältniß treten. Vermöge dieses civilrechtlichen Begriffes der Gesellschaft bleiben Verbindungen zu anderen als vermögensrechtlichen Zwecken ausgeschlossen, bei welchen auch die Mittel — die gegenseitigen Leistungen der Gesellschafter — keine vermögensrechtliche Gemeinschaft bewirken und welchen das gegenseitige Verhältniß der Gesellschafter zu einander als Gläubiger und Schuldner fremd ist. — Bei gewissen Arten von Gesellschaften kommen indeß die Bestimmungen des gegenwärtigen Hauptstückes nicht ihrer ganzen Ausdehnung nach zur Anwendung, soferne nämlich dieselben den juristischen Personen

gleichgestellt sind. So weit dieß der Fall ist, sind für dieselben jene Bestimmungen maßgebend, welche für die Rechtsverhältnisse der juristischen Personen überhaupt in dem ersten (allgemeinen) Theile des Gesetzbuches aufzustellen sind.

Die Giltigkeit des Gesellschaftsvertrages, welcher schon mit der Willenseinigung über den gemeinsamen Zweck und über die Mittel hiezu perfekt wird, ist vorerst dadurch bedingt, daß der beabsichtigte Zweck ein erlaubter sey. **(Art. 536.)** — Bei den Vermögensbeiträgen kann entweder nur die Gemeinschaftlichkeit des Gebrauches und der Nutzungen aus denselben oder der Uebergang in das gesellschaftliche Miteigenthum aus dem Alleineigenthum der beitragenden Gesellschafter beabsichtigt seyn. Nach den allgemeinen Auslegungsregeln streitet für das Erstere als das Geringere die Vermuthung. Das Gegentheil ist aber nicht nur bei verbrauchbaren und vertretbaren Sachen, bei welchen eine Rückgabe in Natur dem Zwecke der Einbringung ohnehin widerspricht, sondern auch bei andern Sachen dann anzunehmen, wenn deren Einbringung mit einem bestimmten Werthanschlage verbunden und aus dem Vertrage nicht ersichtlich ist, daß dieses in einer beschränkenden Absicht, — wie etwa zum Zwecke der künftigen Berechnung der Gewinn- und Verlust-Antheile, — geschehen sey. Für die Annahme der Eigenthumsübertragung spricht hier die Erwägung, daß die eingebrachte Sache, — zumal bei längerer Dauer des gesellschaftlichen Gebrauches — sich selten in dem nämlichen Zustande und Werthe mehr befinden wird, wie bei ihrer Einbringung. Hat sie aber durch Verwendungen, durch sorgfältige Kultur u. dgl. einen höheren Werth erlangt, so muß dieses der Gesellschaft zu Gute kommen, und in ähnlicher Weise verhält es sich auch mit der Werthsverminderung, welche sich in Folge der gesellschaftlichen Benützung ergeben mag. Die Schwierigkeiten und Rechnungsoperationen, welche die Annahme der Fortdauer des Eigenthumsrechtes auf Seite des einbringenden Gesellschafters hier nothwendig im Gefolge hätte, werden beseitigt, wenn die eingebrachte Sache als zum Gemeingut der Gesellschaft eingebracht betrachtet und hienach dem bisherigen Eigenthümer nur die Anschlagssumme gutgerechnet wird. Es erscheint daher wohlbegründet, dieses in Ermanglung einer gegentheiligen Erklärung als die Absicht der Vertragschließenden anzunehmen. **(Art. 537.)**

Die Beiträge der Gesellschafter können nach Art und Größe gleich oder ungleich bestimmt werden; die Willkür der Vertragsschließenden ist hierin nicht beschränkt. Die Aufnahme eines Gesellschafters, ohne daß derselbe irgend einen Beitrag leistet, widerstreitet dagegen dem Wesen der Gesellschaft. Ein solches Rechtsgeschäft ist bezüglich des zugesagten Antheils am Gewinne, ungeachtet seiner Einkleidung in den Gesellschaftsvertrag, nur ein Schenkungsakt, daher nur unter der Voraussetzung wirksam, daß es die Erfordernisse einer giltigen Schenkung an sich trage. **(Art. 538.)**

Hinsichtlich der Objekte der auf Erwerb gerichteten Gesellschaft beschränkt der Entwurf die Zulässigkeit einer Gemeinschaft sowohl des gegenwärtigen als des zukünftigen Vermögens, ohne Unterscheidung der Erwerbstitel des letzteren, — also mit Inbegriff von Erbschaften, Schenkungen und ähnlichen

Erwerbungen — auf das Verhältniß der ehelichen Gütergemeinschaft, weil die durch die Ehe herbeigeführte innige Lebensgemeinschaft allein eine so weit greifende Gemeinschaft zu rechtfertigen vermag. Außerhalb dieses Verhältnisses kann ein Vertrag, welcher auf das Einbringen des gesammten Vermögens des Gesellschafters gerichtet ist, den Regeln der Auslegung gemäß, nur auf das gegenwärtige und nur dann auch auf das zukünftige Vermögen bezogen werden, wenn diese Absicht klar ausgesprochen ist. Allein auch in diesem letzteren Falle muß die Gemeinschaft auf das wahre Bedürfniß der Erwerbsgesellschaft zurückgeführt werden, nämlich auf die Gemeinschaftlichkeit jenes Erwerbes der Gesellschafter, welcher infolge ihrer Thätigkeit entsteht. Nur dieser Erwerb kann innerhalb der möglichen Voraussicht und Berechnung der Vertragschließenden gelegen seyn; es besteht kein Grund zu gestatten, daß an künftige Ereignisse, deren Eintritt von einem reinen Zufalle, von Glücksfällen abhängt, schon im voraus unabänderliche rechtliche Folgen geknüpft werden. Der religiöse und sittliche Boden allein, auf welchem sich zu einem dauernden Zwecke die eheliche Lebensgemeinschaft aufbaut, kann zu einer Ausnahme berechtigen **(Art. 539.)**

Die Willkür der Kontrahenten in Festsetzung der Gewinn- und Verlustantheile, namentlich in dem Verhältnisse zu der Verschiedenheit des Maßes und der Art der Beiträge, beschränkt der Entwurf nur in zwei Richtungen. Er gestattet nicht, das in der gemeinsamen Beziehung von Gewinn und Verlust auf alle Theilnehmer beruhende Wesen der Erwerbsgesellschaft dadurch anzutasten, daß ein Theilnehmer (ohne Unterschied, ob er Arbeits- oder Vermögensbeiträge oder beides leistet) entweder ganz vom Gewinne ausgeschlossen seyn solle, oder daß die Befreiung eines nur Vermögen beitragenden Gesellschafters von jedem Verluste gleichwohl mit der Berechtigung auf einen Gewinnantheil verbunden werde, welcher die gesetzlichen Zinsen seines Beitrages übersteigt. Nur diese letztere Bestimmung bedarf einer Rechtfertigung. Gegenüber den vielfachen Gründen, welche eine ungleiche Vertheilung von Gewinn und Verlust mit Rücksicht auf Maß und Art der Beiträge durch Privatwillkür veranlassen können, darf eine die letztere beschränkende Gesetzgebung nur die Verabredung ins Auge fassen, daß ein Gesellschafter am Verluste gar keinen Antheil zu nehmen habe. Nun kann es wohl auf billigen konkreten Erwägungen beruhen, daß ein Gesellschafter, welcher neben Vermögen auch Arbeit beiträgt, kraft des Vertrages von dem Verluste gänzlich befreit werde. Der Grund wird in der Regel in der Unentbehrlichkeit, in der Unersetzlichkeit oder Unschätzbarkeit der Arbeitskraft liegen, welche durch einen erhöhten Antheil am Gewinn allein nicht entsprechend aufgewogen erscheint, daher dieselbe noch weiter durch die Befreiung von der Verbindlichkeit, den Verlust mitzutragen, vergolten werden soll, worin in der Regel keine Schenkung liegt (vgl. Art. 94 Abs. 2 Thl. I.). Fehlt es aber an diesem Bestimmungsgrunde, ist also die Befreiung eines nur Vermögen beitragenden Gesellschafters von jedem Verluste neben der Theilnahme am Gewinne paktirt, so liegt hierin eine Schenkung oder nach Umständen eine Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes insoweit vor, als der zugesicherte Gewinnantheil die Summe übersteigt, welche die Vermögenseinlage des vom Verluste Freigezähl-

ten während der Dauer der Gesellschaft an erlaubten Zinsen abwirft, indem bis zu diesem Betrage nur die gewöhnlichen, von dem Zwecke des Gesellschaftsvertrages völlig unabhängigen Früchte des eingeschossenen Kapitals vergütet werden. **(Art. 540.)**

Im Allgemeinen besteht kein Bedürfniß, für den Gesellschaftsvertrag eine besondere Form der Abschließung als Bedingung der Giltigkeit zu fordern. Selbst die Handelsgesetzgebung begnügt sich damit, dem Bestehen der Handelsgesellschaft eine gewisse Publizität zur Sicherung Dritter zu verleihen, ohne für die Abschließung des Vertrages selbst eine Förmlichkeit zu fordern (vgl. Art. 84 Abs. 2 des Entw. eines allgem. deutsch. H. G. B.). Nur bei Gesellschaftsverträgen, welche das ganze Vermögen umfassen sollen, erschien es zweckmäßig, die schriftliche Feststellung eines so weitgreifenden Vertrages zu fordern. Dem Familienrechte bleibt es ferner vorbehalten, die Form des umfassendsten dieser Verträge, jenes der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft besonders festzusetzen. **(Art. 541.)**

Die Bestimmungen über die Verpflichtungen der Gesellschafter in Beziehung auf die Leistung der Beiträge zum Zwecke der Gesellschaft, und zwar je nach deren Verschiedenheit, ferner bezüglich der Besorgung der Angelegenheiten der Gesellschaft **(Art. 542—550)** entfernen sich wenig von dem überall bestehenden Rechte. Es genügt hier, ohne in eine weitere Rechtfertigung einzugehen, die folgenden einzelnen Bestimmungen hervorzuheben. — Die Verhältnisse der Gesellschaft können sich so gestalten, daß es im gemeinsamen Interesse, vielleicht zur Abwendung großer Verluste, höchst zweckmäßig wäre, neue oder das verabredete Maß überschreitende Beiträge einzuheben. Die Frage, ob in solchem Falle ein Zwang vermöge der im Vertrage festgesetzten bindenden Kraft eines Majoritätsbeschlusses gegen die Dissentirenden stattfinden könne, wird im **Art. 542 Abs. 3** (in Uebereinstimmung mit dem Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 91) verneint, zunächst deshalb, weil die Zweckmäßigkeit immerhin der ursprünglichen Beschränkung der durch den Vertrag eingegangenen Verbindlichkeit weichen muß. Auch trifft der Gesellschafter in der Regel nach den Bestimmungen des Vertrages über das Maß der Beiträge — wobei schon die Eventualität eines Nachschusses ausdrücklich in Aussicht genommen werden kann — seine anderweitigen Vermögensdispositionen; diese sollen durch eine unvorgesehene Erhöhung der Beiträge gegen seinen Willen nicht gestört werden können. — Werden gemäß **Art. 543** Immobilien zum Gemeingute der Gesellschaft eingebracht, so versteht es sich von selbst, daß die im Sachenrechte mit Rücksicht auf das Institut des Grundbuches vorgeschriebene Form bei dem Akte der Eigenthums-Uebertragung einzuhalten sey, um den rechtsgiltigen Uebergang aus dem Alleineigenthume des Beitragenden in das Miteigenthum der übrigen Gesellschafter zu bewirken.

Die Bestimmung des **Art. 548 Abs. 2,** daß der Gesellschafter, welcher in *einem* Falle durch seine das Pflichtmaß übersteigende Thätigkeit Vortheile für die Gesellschaft errungen hat, damit nicht den Schaden kompensiren könne, welcher durch sein Verschulden der Gesellschaft in anderen Fällen zugefügt wurde, beruht

auf der Erwägung, daß der Gesellschafter durch seinen besonderen Fleiß immerhin nur eine Vertragspflicht erfüllt, somit keine Forderung gegen die übrigen Gesellschafter hieraus erworben hat (vgl. Entw. d. allg. deutsch. Handelsgesetzbuches Art. 93).

Im zweiten Absatze des **Art. 550** wird die Verbindlichkeit des Gesellschafters ausgesprochen, von den unbefugt aus der Gesellschaftskasse zu seinen Privatzwecken entnommenen Geldern, sofort vom Tage der Aneignung, daher ohne Rücksicht auf die Thatsache und auf den Zeitpunkt der wirklichen Verwendung in seinen Nutzen, gesetzliche Zinsen zu entrichten, weil hiefür bei diesem Bruche der Treue, welche das ganze Sozietätsverhältniß durchdringen soll, noch stärkere Gründe als bei dem Depositum sprechen.

Wie schon zu Art. 540 Abs. 2 bemerkt, kann die Befreiung eines neben Vermögen auch Arbeit beitragenden Gesellschafters von dem Verluste, auf gerechten Erwägungen beruhen, daher die hierauf gerichtete Verabredung nicht beschränkt werden. Bei der näheren Entwicklung des Grundsatzes, daß jeden Gesellschafter ebenso Gewinn wie Verlust treffe, mußte aber bei jenem Gesellschafter, welcher nur Arbeit beiträgt, in dem Falle noch um einen Schritt weiter gegangen werden, wenn das Ergebniß des gesellschaftlichen Unternehmens eine Verminderung des eingeschossenen Vermögens, einen Verlust, herbeigeführt hat und der Vertrag darüber keine Bestimmung enthält, ob auch hieran jedes Mitglied Theil zu nehmen habe. In der Regel liegt es schon in der Intention der Gesellschafter, welche Vermögen beitragen, durch die Aufnahme von blos Arbeitbeitragenden Gesellschaftern ihrem zusammengeschossenen Kapitale eine besondere erhöhte Produktivität zu verschaffen, nicht aber jene Mitglieder auch für das Mißlingen des Unternehmens in der Art verantwortlich zu machen, daß sie nicht nur ihre Mühe und Zeit umsonst aufgewendet, sondern aus ihrem Vermögen auch den Verlust mitzudecken hätten. Der nur Arbeitbeitragende Gesellschafter entbehrt, im Falle sich Verlust ergibt, die Vergeltung, die Nutzungen seiner Arbeit, wenngleich seine Arbeitskraft nicht vom Verluste betroffen wird. Der Vermögenbeitragende Gesellschafter dagegen verliert in diesem Falle nicht nur die Nutzungen seines Kapitals, sondern auch dieses selbst. Der Arbeitsbeitrag kommt daher bei der Gesellschaft regelmäßig nur als ein Faktor des Gewinnes, nicht aber auch als Träger des Verlustes in Betracht. Bei den Vermögensbeiträgen fällt aber beides zusammen; diese bilden den Stock des gesellschaftlichen Vermögens, sie dienen der Gesellschaft nicht blos durch ihren Zinsenertrag, sie werden infolge ihres Umsatzes durch das Mißlingen des Unternehmens aufgezehrt. Die körperliche oder geistige Kraft des Gesellschafters dagegen, wenngleich sie durch das Mißlingen des Unternehmens nicht absorbirt wird, ist doch nur ein Mittel, um Kapital zu erwerben, nicht aber ein solches selbst, sie ist oft der einzige Reichthum eines solchen Gesellschafts-Mitgliedes. Aus diesen Betrachtungen erschien die Bestimmung gerechtfertiget, daß die Theilnahme eines nur Arbeitbeitragenden Gesellschafters am Verluste nicht zu vermuthen und nur dann anzunehmen sey, wenn eine ausdrückliche Verabredung hiefür vorliegt.

(Art. 551.)

Der Entwurf entscheidet die gemeinrechtliche Kontroverse über die ge-

setzliche Antheilsgröße am Gewinne und Verluste, falls hierüber keine Vertragsbestimmung getroffen ist, für die Vertheilung nach der Größe der Beiträge, nicht nach der Kopfzahl der Gesellschafter und ordnet für die in Geld vertragsmäßig nicht angeschlagenen Arbeitsbeiträge ganz allgemein die richterliche Erhebung des Vermögenswerthes derselben zum Zwecke der Bestimmung der Antheilsgröße an Gewinn und Verlust an. Dem Vorzuge der Einfachheit dieser beiden Prinzipien steht auch die innere Rechtfertigung zur Seite. — Das allgemeine Rechtsbewußtseyn erkennt die Theilung von Gewinn und Verlust nach dem Maße der Beitragsgröße als die einzig richtige an. Die Abweichung von diesem natürlichen Prinzipe in dem Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 108, welcher die Theilung nach Köpfen als Regel aufstellt, erklärt sich aus der besonderen Uebung im Handel, wonach am Schlusse des Geschäftsjahres jedem Gesellschafter von seiner Einlage Zinsen gutgeschrieben, und als Schuld der Gesellschaft in Ansatz gebracht werden (vergl. Art. 105 des Entw. eines allg. d. Handelsgesetzbuches), — der hienach sich ergebende Gewinn oder Verlust aber nach Köpfen getheilt wird. Durch diesen Modus wird dem Größenverhältnisse der Beiträge gleichfalls gebührende Rechnung getragen; derselbe würde aber für gewöhnliche Gesellschaften nicht passen, welchen in der Regel eine kaufmännische Behandlung des Geschäftes fremd ist. — Bestehen die Beiträge sämmtlicher Gesellschafter blos in Arbeit, oder leisten dieselben sämmtlich sowohl Vermögens- als Arbeitsbeiträge, so wird es zwar häufig in der Absicht der Kontrahenten liegen, die Arbeitsbeiträge gegenseitig auszugleichen. Läßt sich aber diese Intention nicht erkennen, fehlt es daher an jedem Anhaltspunkte darüber, wie die in Geld nicht angeschlagenen Arbeitsbeiträge mit und gegenüber den Vermögensbeiträgen behufs der Theilung von Gewinn und Verlust in Komputation zu bringen seyen, so erscheint das System der Werthsfeststellung durch den Richter als allein der Gerechtigkeit entsprechend und gibt auch bezüglich seiner Ausführbarkeit zu erheblichen Bedenken keinen Anlaß. In der letzten Beziehung ist namentlich der Einwand nicht entscheidend, man müsse aus praktischen Gründen die Feststellung des Vermögenswerthes der Arbeitsbeiträge durch den Richter vermeiden und hiedurch werde es nöthig, positive gesetzliche Werthanschläge aufzunehmen, wenngleich dieselben dem konkreten Sachverhältnisse oft nicht entsprechen. Es ist nämlich der Vordersatz des vorbezeichneten Einwandes nicht begründet. Bei dem umfassenden Verkehre der Jetztzeit, wo die Verwerthung und Ablohnung jeder Arbeit, auch wenn schöpferische Thätigkeit mitwirkt, sich durch die in anderen Fällen konstatirte Verwerthung völlig oder nahezu identischer Arbeiten mittelst Vergleichung tariren läßt, können nur äußerst selten Ausnahmsfälle eintreten, in welchen der Richter — dessen Ermessen durch die bevorstehende Entfessellung von unnöthigen Prozeßformen einen freieren Spielraum erhalten wird — nicht im Stande wäre, der gesetzlichen Aufgabe zu genügen. Von der bloßen Möglichkeit von Ausnahmsfällen darf aber die Gesetzgebung nicht ausgehen, sie ist vielmehr berechtiget, solche Fälle der ausdrücklichen Bestimmung der Kontrahenten in dem Gesellschaftsvertrage anheimzugeben. Es kann mit Sicherheit angenommen werden, daß Gesellschafter,

welche ihr Erfindungstalent, ihre geistige oder künstlerische Schöpfungskraft in eine Erwerbsgesellschaft einbringen, die Nothwendigkeit erkennen werden, sich ihre Ansprüche auf den Gewinn des Unternehmens durch einen Werthanschlag ihrer Thätigkeit im Vertrage zu sichern. **(Art. 552.)**

Die **Art. 553 und 554** geben für jene Fälle das geeignete Maaß, in welchen es an einer ausdrücklichen oder erschöpfenden Bestimmung über die Größe des Gewinn- oder Verlustantheiles fehlt. Treffen im Falle des Art. 550 Abs. 1 lediglich Arbeitbeitragende mit Vermögenbeitragenden Gesellschaftern zusammen, so greift selbstverständlich auch die Bestimmung des Art. 551 Platz, d. h. die bloß Arbeitbeitragenden Mitglieder bleiben von dem Verluste befreit, wenn es an einer ausdrücklichen Verabredung für die Antheilnahme am Verluste fehlt. — Der Art. 554 entspricht im Wesentlichen dem Art. 1854 des französ. Civilgesetzbuches und der **Art. 555** enthält nur Folgerungen aus den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen.

Steht es, wie dies die Natur des Gesellschaftsvertrages bedingt, jedem Gesellschafter zu jeder Zeit frei, von den Ergebnissen des Betriebes des Gesellschaftszweckes Kenntniß zu nehmen, und muß eine entgegenstehende ausdrückliche Verabredung wirkungslos seyn, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung auch nur wahrscheinlich gemacht wird, so unterliegt es keinem Bedenken, den Abschluß der Gesellschaftsrechnung und die hiedurch bedingte Gewinnvertheilung in der Regel erst bei der Auflösung der Gesellschaft eintreten zu lassen. Bei Gesellschaften, welche auf mehr als ein Jahr entweder ausdrücklich oder stillschweigend, in Folge ihres besonderen Zweckes, eingegangen sind, erscheint es angemessen, daß ein jährlicher Abschluß der Rechnung und hiemit die Vertheilung des Gewinnes verlangt werden könne, ein Verlangen, welches gleichwohl wieder durch Konjunkturen beschränkt werden kann, welche ein längeres Verbleiben des bereits erzielten Gewinnes in dem Geschäfte als geboten oder doch als nützlich erscheinen lassen, damit die produktive Kraft eines größeren Betriebskapitals erhalten werde. **(Art. 556 und 557.)**

Die vermöge des Gesellschaftsvertrages entstehende Rechtsgemeinschaft hindert die Theilhaber nicht, über die Vermögensrechte, welche zu einer Gemeinschaft vereinigt sind, zu verfügen, insoweit die Ausübung derselben während des Bestandes der Gesellschaft nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend beschränkt ist. So kann z. B. die Forderung, welche dem Gesellschafter auf die Wertherstattung einer von ihm zum Gemeingute der Gesellschaft eingebrachten Sache zusteht, sowie die Forderung eines Gesellschafters auf den zu vertheilenden Gewinn oder auf Erstattung von Auslagen, die er als Mandatar der Gesellschaft anzusprechen hat, an einen Dritten abgetreten werden. Solche Forderungen können selbst in eine weitere, mit einem Dritten einzugehende, dem Art. 549 nicht zuwiderlaufende, anderweitige Gesellschaft eingebracht werden, allein die Rechte des Gesellschafters als solchen und seine Verbindlichkeiten den übrigen Gesellschaftern gegenüber werden durch solche Verfügungen nicht alterirt. Der Dritte tritt zu der Gesellschaft nur insoweit in ein Obligationsverhältniß, als der Gesell-

schafter, von welchem die Verfügung ausgeht, Gläubiger der Gesellschaft ist. **(Art. 558.)**

Aus der Gemeinschaftlichkeit des Zweckes und der Mittel folgt einerseits die Berechtigung aller Theilhaber insgesammt zur Führung der Angelegenheiten der Gesellschaft, andererseits die Nothwendigkeit der Mitwirkung aller Gesellschafter zu Rechtsgeschäften mit Dritten, da hiedurch alle Theilhaber berechtigt und verpflichtet werden. Beides gilt jedoch nur insoferne, als über die Führung der Geschäfte und über die Vertretung der Gesellschaft durch Einen oder Einige der Gesellschafter eine Vereinbarung nicht getroffen ist. Die von dem obigen Grundsatze abweichende Bestimmung des Entwurfes eines allgemeinen deutschen Handels-Gesetzbuches, Art. 113, ist durch die Eigenthümlichkeit der offenen Handelsgesellschaft und durch die derselben kraft des Eintrags in das Handelsregister verliehene Publizität motivirt und paßt nicht auf andere Gesellschaften. **(Art. 559.)**

Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft kann entweder schon in dem Gesellschaftsvertrage oder erst hinterher durch einen Beschluß der Gesellschafter Einem oder Mehreren aus ihnen übertragen werden. In beiden Fällen wird hiedurch ein Mandatsverhältniß sowohl im Innern der Gesellschaft als nach Außen — Dritten gegenüber — begründet. **(Art. 560.)**

In Folge der von der Gesellschaft den geschäftsführenden Mitgliedern ertheilten Ermächtigung müssen die übrigen von der Mitwirkung zu der Geschäftsführung im Allgemeinen zwar ausgeschlossen seyn (Art. 560, Abs. 1), allein denselben muß gleichwohl ein Einspruchsrecht gegen die einzelnen Handlungen der Geschäftsführer, soferne solche durch Unredlichkeit oder Nachlässigkeit die Interessen der Gesellschaft gefährden, eingeräumt werden, kraft welcher Einsprache die nachtheiligen Folgen der betreffenden Handlung für die Gesellschaft sofort gehemmt werden können. Die Einspracheberechtigten müssen ferner selbst die Abberufung der geschäftsführenden Mitglieder verlangen können, und wenn diese nicht erfolgt, berechtiget seyn, aus der Gesellschaft zu treten. **(Art. 564.)**

Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftsmitgliedern übertragen, so kommen auf dieses Verhältniß ebenfalls die Bestimmungen über das Mandat zur entsprechenden Anwendung. **(Art. 561.)** Hinsichtlich der Aufhebung der Ermächtigung der geschäftsführenden Mitglieder von Seite der übrigen aber war zu unterscheiden, ob die Ermächtigung schon in dem Gesellschaftsvertrage oder erst nachher durch Gesellschaftsbeschluß ertheilt wurde. Im ersten Falle ist dieselbe ein Punkt des gegenseitigen Hauptvertrages und kann nur dann aufgehoben werden, wenn in Folge einer erheblichen Gefährdung der Gesellschaftsinteressen ein Grund gegeben erscheint, den Vertrag in diesem Punkte aufzulösen. **(Art. 562.)** Im zweiten Falle dagegen liegt nur ein jederzeit nach freier Willkür widerrufliches Mandat vor; es kommen daher ganz allgemein die Grundsätze über solches zur Anwendung. Selbstverständlich kann aber der Auftrag nur in derselben Weise widerrufen werden, wie er gegeben wurde, nämlich durch Gesellschaftsbeschluß nach Maßgabe des Art. 566 Abs. 4. **(Art. 563.)** Fehlt es endlich an jeder Ermächtigung

für ein einzelnes Gesellschaftsmitglied von Seite der übrigen zur ausschließenden Besorgung der Angelegenheiten der Gesellschaft, so kann das Rechtsverhältniß in jeder Beziehung nur nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag beurtheilt werden. (**Art. 565.**)

Der **Art. 566** hält (in Uebereinstimmung mit dem Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Art. 102 Abs. 2, und dem gemeinen Rechte) das Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit für bindende Gesellschaftsbeschlüsse als Regel fest, ohne zwischen Handlungen der bloßen Verwaltung und solchen, welche eine Veräußerung des Gesellschaftsvermögens enthalten, zu unterscheiden, — eine Unterscheidung, welche hier, im Gegensatze zu der zufälligen Gemeinschaft, von keinem besonderen praktischen Werthe ist. Mit der vom Entwurfe angenommenen solidarischen Haftung der Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen gegenüber von Dritten erschien es unvereinbar, hierüber den Willen einer Majorität, — sey es, daß dieselbe nach Stimmenzahl oder nach Beitragsgrößen bestimmt wird, entscheiden zu lassen. Es bietet ferner das Prinzip der Stimmeneinhelligkeit die stärkste Bürgschaft für eine einheitliche, dem Gesellschaftszweck möglichst förderliche Handelungsweise der Gesellschafter dar, während ein durch Majoritätsbeschlüsse gegen die Dissentirenden ausgeübter Zwang immerhin den Keim der Auflösung der Gesellschaft in sich trägt. Dagegen kann es ohne Bedenken, in die Willkür der Gesellschafter gestellet werden, ob sie das Prinzip der Majorität, sey es unter Zugrundelegung der Entscheidung nach der Kopfzahl oder nach den Beitragsgrößen, daher selbst abweichend von der im Abs. 2 des Art. **566** für das erstere aufgestellten Regel, vertragsmäßig annehmen wollen. Die eben angeführte Bestimmung ist ferner dadurch gerechtfertiget, daß erfahrungsgemäß nur dann eine ausreichende Gewähr für die Wahrung aller Interessen der Gesellschaft gegeben erscheint und eine Gefährdung derselben durch Indolenz oder Böswilligkeit ferne gehalten wird, wenn man die absolute Mehrheit der wirklich abstimmenden Gesellschaftsmitglieder als zwingend erklärt. Die auf gehörige Aufforderung nicht Abstimmenden können nicht als der Majorität der Abstimmenden beitretend angesehen werden, weil sonst, vermöge einer Fiktion, eine unter den Abstimmenden selbst nicht vorhandene absolute Majorität geschaffen werden könnte. **(Art. 566 Abs. 3.)** Soll ein Gesellschaftsbeschluß (sey es nach dem gesetzlichen Systeme der Stimmeneinhelligkeit oder unter dem vereinbarten der Stimmenmehrheit) über den Widerruf der Ermächtigung der Geschäftsführer, in dem Falle des Art. 562 oder in jenem des Art. 563 erholt werden, so können die geschäftsführenden Mitglieder der Gesellschaft, einerseits weil sie einer Gefährdung der Gesellschaftsinteressen beschuldigt sind (Art. 562), andererseits als Mandatare, deren Mandat durch Widerruf erlöschen soll (Art. 563), nicht stimmberechtiget seyn. Kommt in diesen beiden Fällen entweder kein einhelliger oder sonst kein bindender Majoritätsbeschluß zu Stande, so bleibt jenen Mitgliedern, welche die Abberufung des Geschäftsführers, nach ihrer Auffassung der Gesellschaftsinteressen, durchzusetzen nicht vermochten, gemäß Art. 564 Abs. 2 vorbehalten, aus der Gesellschaft zu treten.

Aus dem Mandatsverhältnisse, in welchem ein Geschäftsführer der Gesellschaft

zu den übrigen Gesellschaftern steht, können ihm gegen die letzteren Ersatzansprüche bezüglich seines für die Zwecke der Gesellschaft gemachten Aufwandes erwachsen. Diese Ansprüche sind nach dem Maßstabe geltend zu machen, nach welchem Gewinn und Verlust sich unter den Gesellschaftern theilt. Kann daher der hienach treffende Antheil von einem der Gesellschafter wegen dessen Zahlungsunfähigkeit nicht erlangt werden, so entspricht es dem Verhältnisse der Sozietät, daß dieser Verlust von sämmtlichen übrigen, mit Einschluß des ersatzberechtigten Gesellschafters, nach dem bezeichneten Maßstabe zu tragen, beziehungsweise dem letzteren zu ersetzen ist. **(Art. 567.)**

Haben die Gesellschafter insgesammt oder die von den übrigen mit der Geschäftsführung betrauten Mitglieder oder hat ein anderer Bevollmächtiger der Gesellschaft einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, so läßt der Entwurf **(Art. 568)** alle Gesellschafter sammtverbindlich mit ihrem ganzen Vermögen haften, soferne diese Haftung nicht ausdrücklich bei dem Vertragsabschlusse mit dem Dritten ausgeschlossen worden ist. Hiedurch wird die Bestimmung des Art. 111 des Entwurfes eines allgemeinen deutschen Handels-Gesetzbuches auch für die gemeine Gesellschaft adoptirt. Diese von mehreren anderen Gesetzgebungen abweichende Bestimmung geht nur in dem einen Falle, wenn sämmtliche Gesellschafter das Geschäft mit dem Dritten abschließen, weiter als das römische Recht. Nach diesem war die solidarische Haftung bei allen von dem bestellten Mandatar oder Geschäftsführer der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften — wie auch dann begründet, wenn das von Einem der Gesellschafter abgeschlossene Geschäft ausdrücklich oder thatsächlich von den übrigen genehmigt wurde. Hält man das Prinzip der solidarischen Haftung aller Gesellschafter hinsichtlich der vertragsmäßigen Verpflichtungen der Gesellschaft für gerecht und dem praktischen Bedürfnisse entsprechend, so kann es nicht zweifelhaft seyn, dasselbe in einer neuen Gesetzgebung, welche völlig freie Hand hat, auch auf den vom römischen Rechte abweichend behandelten Fall anzuwenden. Für die Annahme der solidarischen Haftung aber, auch bei der gemeinen Gesellschaft, sprechen folgende Erwägungen:

1) Bei den meisten gemeinen Erwerbsgesellschaften der Jetztzeit gestaltet sich der Rechtsverkehr mit Dritten im Wesentlichen nicht sehr verschieden von jenem bei Handelsgesellschaften, so daß es bedenklich erscheinen würde, dem dritten Contrahenten hier ein weit geringeres Maß der Berechtigung zur Sicherung seines Anspruches zu gewähren.

2) Für den Dritten, welcher mit der Gesellschaft in Verkehr tritt, ist erfahrungsgemäß oft der sichere Vermögensstand Eines oder nur Einiger der Gesellschaftsmitglieder wesentlich bestimmend für die Eingehung des Rechtsgeschäftes; derselbe unterstellt hiebei diese Mitglieder als seine Schuldner gerade so, als wenn sie es, außerhalb des Gesellschaftsbandes, geworden wären. Die rechtliche Folge, des Systems der Haftung nach Kopftheilen, daß diese Gesellschaftsmitglieder sich eines Theils ihrer Haftung gegen den Dritten durch Verweisung desselben an die übrigen, oft ganz vermögenslosen Mitglieder entziehen können, wird sicher von dem Dritten nicht in Aussicht genommen.

3) Ganz unzweifelhaft wird durch das adoptirte Prinzip der Kredit der Gesellschaft wesentlich gefördert und bewirkt, daß dieselbe auf mehr gleichmäßigen reellen Grundlagen eingegangen werde; denn das System der Haftung nach Kopftheilen läßt, wie erwähnt, die Möglichkeit zu, daß ein reicher Spekulant sich von dem Verluste aus einem gewagten Geschäfte durch die fingirte Aufnahme vermögensloser Gesellschafter zum Theil befreien kann.

Hat nach dem im Art. 565 aufgestellten Systeme Ein solidarisch belangter Gesellschafter die Sozietätsschuld getilgt, so hat er gegen die übrigen seinen Regreß, wie dieß bereits im Art. 239 näher bestimmt ist.

Während der Dauer der Gesellschaft kann kein einzelnes Mitglied eine von der Gesellschaft als solcher erworbene Forderung für sich, auch nicht auf seinen Antheil, geltend machen, weil hierin eine eigenmächtige und vorzeitige Theilung läge. Inwieferne nach Beendigung der Gesellschaft die Geltendmachung einer Gesellschaftsforderung einem Mitgliede ganz oder zu einem bestimmten Theile zustehe, ist zunächst aus dem Uebereinkommen über die Vermögenstheilung zu bemessen, und wenn sich hier keine Bestimmung findet, so sind Gesellschaftsforderungen nach dem Verhältnisse der Gewinnantheile der Gesellschafter als unter ihnen getheilt anzusehen. **(Art. 569.)**

Die Vorschriften des **Art. 570** über eine abgekürzte Verjährung der Klagen der Gesellschafter gegen einander entsprechen im Wesentlichen jenen des Entwurfes eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 138—140. Die Gründe hiefür, namentlich die Rücksicht, daß bei dem komplizirten Verhältnisse eines längeren Gesellschaftsbetriebes durch den Ablauf einer langen Zeit die Ermittelung des Sachverhältnisses und die Herstellung des Beweises mehr als sonst erschwert und oft unmöglich gemacht werden, sind in gleicher Stärke maßgebend für die gemeine wie für die Handelsgesellschaft.

Die im **Art. 571 Nr. 1—5** aufgezählten Gründe der Auflösung der Gesellschaft bedürfen keiner besonderen Rechtfertigung. Von der Regel, daß die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst werde, läßt der Entwurf, abweichend vom gemeinen Rechte und von anderen neueren Gesetzgebungen — jedoch im Einklange mit dem Entwurfe eines allgem. d. H.-G.-B. Art. 119 Nr. 2 — durch **Art. 571 Nr. 6** eine Ausnahme in dem Falle zu, wenn im Vertrage bestimmt ist, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle. Die gegentheilige Auffassung, welche dahin geht, daß das gegenseitige Vertrauen — das wesentlichste Element der Gesellschaft — durch einen Personenwechsel zerstört werde, daß ferner der Eintritt eines neuen oft der Person nach unbekannten Gesellschafters (z. B. im Falle einer testamentarischen Berufung als Erbe), ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter nicht gerechtfertigt werden könne, verkennt die wohlverstandenen Intentionen bei vertragsmäßigen Festsetzungen dieser Art ebensosehr wie das praktische Bedürfniß. In der Regel haben die Kontrahenten die Persönlichkeit der präsumtiven Erben in Aussicht genommen, und es hat sich bei ihnen die Ueberzeugung gebildet, daß das Band des Vertrauens durch seinen Eintritt nicht

Gefahr laufe zerstört zu werden. Unter diesen Voraussetzungen erfolgt in der That der Eintritt eines neuen Gesellschafters mit wohlbedachter Einwilligung der übrigen. In andern Fällen aber und wenn die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, werden die zur Auflösung berechtigenden besonderen Gründe, wie solche der Art. 574 aufstellt, sicher ausreichen, um bei dem Mangel gegenseitigen Vertrauens die Lösung des Bandes herbeizuführen. Durch die gesetzliche Zulassung einer solchen Verabredung wird ferner auch bei gemeinen Erwerbsgesellschaften das Bedürfniß befriediget, umfassende, weitreichende Vermögenszwecke durch den ungestörten Bestand der Gesellschaft zu sichern.

Ist die Dauer der Gesellschaft entweder schon vermöge der Natur des unternommenen Geschäftes oder durch ausdrückliche Verabredung bestimmt, weil nur durch das längere Zusammenwirken der beigetragenen Mittel und Kräfte der beabsichtigte Zweck erreicht zu werden vermag, so kann das Recht des Austrittes eines Gesellschafters mit der Folge, daß sein Beitrag zum Stammvermögen, sowie sein Gewinnantheil ausgeschieden und er hiefür in Geld abgefunden werde, nur durch besondere Gründe gerechtfertigt werden, wie solche der **Art. 574** aufzählt. Dagegen muß das Gesetz bei einem auf Lebenszeit oder mit der Bestimmung der Unauflöslichkeit, oder unter dem Verzichte auf den Austritt (vergl. Art. 572, 575) eingangenen Gesellschaftsvertrage gleichwohl den Austritt nach freier Willkür gestatten, insoferne derselbe nicht nach der Lage der Gesellschaftsinteressen als arglistig oder unzeitig erscheint. **(Art. 573.)** Dergleichen Stipulationen und Verzichte verdienen aus dem Grunde keine gesetzliche Anerkennung, weil sie ohne die gehörige Voraussicht des Einflusses entstehen, welchen eine Veränderung der Umstände auf die Fortdauer einer Willensrichtung ausübt. — Zufolge der Bestimmung der Ziff. 3 des **Art. 574** wird das Austrittsrecht schon dadurch begründet, daß ein Mitgesellschafter durch Vermögensverfall außer Stand gesetzt wird, die ihm aus dem Vertrage obliegenden wesentlichen Verpflichtungen zu erfüllen, ohne daß ein Erkenntniß auf Konkurs gegen denselben erforderlich ist. Es kann nämlich ein Gesellschafter, selbst ohne überschuldet zu seyn, gleichwohl außer Stand kommen, die nach Konstituirung der Gesellschaft noch weiter paktirten Beiträge zu leisten, weil es ihm während der Dauer der Gesellschaft nicht zusteht, seinen Vermögensbeitrag und den allenfallsigen Gewinn aus der Gemeinschaft zu ziehen.

Die Austrittserklärung, welche entweder die Auflösung der Gesellschaft oder doch, im Falle der Fortsetzung durch die übrigen Gesellschafter, die Abfindung des Austretenden mit seinen Ansprüchen nach sich zieht, mußte an eine bestimmte Form und an Bedingungen geknüpft werden, welche der folgenreichen Wirkung dieses Aktes entsprechen. Die gegenseitigen Wirkungen der Austrittserklärung können erst von jenem Zeitpunkte eintreten, in welchem dieselbe entweder zur Kenntniß aller Gesellschafter oder doch des bestellten Geschäftsführers wirklich gelangt ist. Die Aufstellung des gemeinen Rechtes, daß die Austrittserklärung sofort und noch bevor sie zur Kenntniß der anderen Gesellschafter gelangt ist, die Rechte

des Austretenden, nicht aber dessen Verpflichtungen aufhebe, entspricht nicht mehr den heutigen Verkehrsverhältnissen. **(Art. 576.)**

Die Fortsetzung der Gesellschaft, ungeachtet des Ausscheidens eines der Gesellschafter infolge seines Austritts oder Todes, von Seite der übrigen kann durch eine entweder schon eventuell im Gesellschaftsvertrage oder erst bei dem Ausscheiden des Gesellschafters getroffene Verabredung bewirkt werden. In Ermangelung einer gegentheiligen Verabredung muß für diese Fortsetzung der Gesellschaft der anfänglich abgeschlossene Gesellschaftsvertrag gleichfalls als bindend erachtet werden. **(Art. 578.)** Eine Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern tritt aber auch im Falle der Ausschließung jenes Gesellschafters ein, in dessen Person einer der Gründe gegeben ist, welche nach Art. 574 Nr. 2—4 die übrigen zum Austritte vor Ablauf der Zeit auf welche die Gesellschaft geschlossen wurde, berechtigen. Dieses durch die Natur des Verhältnisses und durch das Interesse der Gesellschaft gebotene Recht der Ausschließung mußte jedoch, wie in dem Entwurfe eines allgem. deutsch. H.-G.-B., durch die Uebereinstimmung aller übrigen Gesellschafter bedingt werden. **(Art. 577.)** Von der Zeit an, in welcher dieser einstimmige Beschluß der übrigen Gesellschafter auf Ausschließung zur Kenntniß des Auszuschließenden gelangt, wirkt auch für diesen die Endigung der Gesellschaft, wie dieß noch besonders der **Art. 585 Abs. 1** bestimmt.

Kommt es infolge der Auflösung der Gesellschaft entweder zur wirklichen Theilung des Gesellschaftsvermögens, oder handelt es sich um die Abfindung eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters im Falle der Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen, so gelten für beide Fälle gleiche Grundsätze. Nach Ausscheidung jener Vermögensgegenstände, welche der Gesellschaft nur zur Benützung überlassen waren, nach Abtheilung der Früchte hieraus, gemäß der bei der Endigung des Nießbrauches im Sachenrechte getroffenen Bestimmungen, wonach jener Antheil an den Früchten, welcher der Gesellschaft als Nutznießerin gebührt, zu dem Stammvermögen zu schlagen ist —, ferner nach Abzug der Schulden der Gesellschaft, ergibt sich die effektive Vermögensmasse. Dieser Masse gegenüber wird das Stammvermögen, nämlich der Gesammtbetrag der Beiträge der Gesellschafter gestellt. Um so viel als die effektive Masse mehr beträgt oder weniger als das Stammvermögen, ist Gewinn oder Verlust der Gesellschaft gegeben. **(Art. 579, 582.)** Die Theilungsgrundsätze bezüglich des Gewinnes und Verlustes sind bereits oben aufgestellt; es waren daher hier nur noch die Bestimmungen über die Faktoren des Stammvermögens und über dessen Theilung, namentlich für Fälle aufzustellen, in welchen nicht bestimmte Summen, sondern Sachen mit oder ohne Werthsanschlag zum Gemeingute der Gesellschaft eingebracht sind. Die desfallsigen Bestimmungen **(Art. 580—583)** bedürfen meist keiner besonderen Rechtfertigung; es genüge die nachfolgende Bemerkung Schon oben (zu Art. 548) wurde bemerkt, daß Arbeitsbeiträge zwar zu einem Antheil an Gewinne berechtigen, nicht aber zur Mittragung am Verluste verpflichten können, und daß dieselben (ohne Unterschied, ob sie allein oder neben Vermögensbeiträgen geleistet werden) ein Stammkapital der Gesellschaft nicht repräsentiren. Sind da-

her die Arbeitsbeiträge auch vertragsmäßig in Geld angeschlagen worden, so kann hieraus nicht schon auf die Absicht, diesen Werthsanschlag auch bei der Theilung des Stammvermögens in Ansatz zu bringen, geschlossen, sondern nur angenommen werden, daß dieser Anschlag behufs der Berechnung des Gewinnes geschehen sey. Nur eine völlig klare Verabredung vermöchte zu bewirken, daß der Werthsanschlag der Arbeitsbeiträge als wirkliches Kapital bei der Theilung in Ansatz gebracht werde.

In den **Art. 584** und **585** gibt der Entwurf die nöthigen speziellen Vorschriften darüber, wie die bereits in den Art. 575—580 ihrem Hauptinhalte nach bezeichnete Auseinandersetzung des Vermögens der Gesellschaft gegenüber den Erben eines durch Tod ausgeschiedenen Mitgliedes, sowie gegenüber den austretenden oder ausgeschlossenen Mitgliedern, — namentlich im Falle der Fortsetzung der Gesellschaft durch die Uebrigen, — zu geschehen habe. Diese Vorschriften sind durch die Natur des Rechtsverhältnisses und die entsprechenden Folgerungen hieraus gerechtfertiget. Insbesondere macht sich bezüglich der Fortsetzung der gemeinen Gesellschaft, wie bei der Handelsgesellschaft, ein gleiches Bedürfniß für die Bestimmung geltend, daß der Ausscheidende keinerlei Antheil an Vermögensstücken oder Forderungen behalte, welche in der Gemeinschaft der fortgesetzten Gesellschaft verbleiben, sondern daß demselben nur der Anspruch auf eine seinen Antheil darstellende Geldsumme gegeben werde. Ohne diese Bestimmung würde die fortgesetzte Gesellschaft in der freien Verfügung über ihre Vermögensmittel in einer mit dem Zwecke der Gesellschaft unverträglichen Weise beschränkt seyn. Daher die Bestimmung des **Art. 585 Abs. 4,** welche selbstverständlich auch auf die Erben eines durch Tod ausgeschiedenen Mitgliedes (vergl. Art. 584) Anwendung findet.

Neuntes Hauptstück.

Zufällige Gemeinschaft.

Eine vermögensrechtliche Gemeinschaft ist bei der Gesellschaft der Zweck des Vertrages; allein schon die bloße Thatsache einer solchen Gemeinschaft, auch wenn deren Entstehung nicht auf einem Vertrage beruht, bildet die Quelle von Rechten und Verbindlichkeiten, wobei durch die Verschiedenheit der anderweitigen Entstehungsgründe kein Unterschied begründet wird. Alle Vermögensgegenstände können Gegenstand einer Gemeinschaft seyn, insoferne dieselben Mehreren nach ideellen Theilen zustehen können. Forderungen und Schulden, sowie Pfandrechte und Grunddienstbarkeiten können nicht Objekte einer Gemeinschaft seyn; denn die ersteren gelten schon von Rechtswegen als getheilt und die letzteren sind untheilbar.

Die Rechtsverhältnisse, welch aus der zufälligen Rechtsgemeinschaft entspringen, beziehen sich einerseits auf den Bestand derselben, andrerseits und zwar hauptsächlich auf deren Auseinandersetzung. In der letzteren Beziehung mußten im **Art. 586** jene gesetzlichen Bestimmungen und Verordnungen vorbehalten werden, welche bezüglich der Theilung einiger besonderer Gegenstände der Gemeinschaft Modifikationen und Beschränkungen der hier aufgestellten allgemeinen Grundsätze begründen. — Die Größe der ideellen Antheile an dem ungetheilten Vermögensgegenstande, — für deren Gleichheit die natürliche Präsumtion streitet, **(Art. 587)** — muß nothwendig auch das Verhältniß bestimmen, nach welchem von den Theilhabern die Früchte und Nebenvortheile bezogen und die Lasten wie auch der Schaden, welcher das gemeinschaftliche Objekt betrifft, getragen werden. **(Art. 588.)** Nach dieser Antheilsgröße, nicht nach der Zahl der Theilnehmer, bestimmt sich auch die Mehrheit bei der Beschlußfassung der Theilhaber. Diese Mehrheit kann jedoch nur bei Beschlüssen hinsichtlich der Verwaltung oder Benützung des Gemeinschaftsgegenstandes, nicht auch hinsichtlich der Veräußerung oder Belastung desselben entscheiden, indem die letztbezeichneten Handlungen, nach allseitig anerkannten Grundsätzen, nur kraft des Einverständnisses sämmtlicher Theilhaber giltig vorgenommen werden können. Die Verschiedenheit dieser Bestimmungen von jenen, welche bei dem Gesellschaftsvertrage aufgestellt sind, beruht auf dem eigenthümlichen Wesen der zufälligen Gemeinschaft. Dieses besteht nicht — wie bei der Gesellschaft — in der Erzielung besonderer vermögensrechtlicher Erfolge, die meist einen Umsatz der gemeinschaftlichen Vermögensmittel bedingen, sondern zunächst in der Erhaltung des Gemeinschaftsgegenstandes und in der Theilnahme am Gebrauche und Fruchtgenusse, sowie in der Verbindlichkeit zur Tragung der Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes auf Seite der sämmtlichen Theilhaber. Bei einer ganzen Reihe von rechtlichen Beziehungen dagegen finden auch bei der auf einem Vertrage nicht beruhenden Gemeinschaft dieselben Grundsätze wie bei dem Gesellschaftsvertrage Anwendung. So vorerst der Grundsatz, daß die zur Beschlußfassung gehörig eingeladenen, jedoch nicht abstimmenden Theilhaber als stimmberechtiget nicht betrachtet werden und den gefaßten Mehrheitsbeschluß der Abstimmenden nicht anfechten können (vergl. Art. 566 Abs. 2); so auch die Bestimmungen über die Sorgfalt, welche die Theilhaber bezüglich des Gemeinschaftsgegenstandes anzuwenden haben (vergl. Art. 548); ferner bezüglich der Einnahmen, die ein Theilhaber für die Gemeinschaft macht, und hinsichtlich der Bestellung und des Wirkungskreises der Geschäftsführer der Gemeinschaft (vergl. Art. 560); desgleichen über die Ersatzansprüche der Theilhaber unter sich und über die Verjährung der Klagen hieraus (vergl. Art. 570); endlich über die Haftung der Theilhaber gegenüber Dritten aus den mit diesen abgeschlossenen Rechtsgeschäften (vergl. Art. 568, 565). In der letzten Beziehung mußten zum Theil dieselben Betrachtungen, welche bei dem Gesellschaftsvertrage für die solidarische Haftung jedes Theilhabers mit seinem ganzen Vermögen als entscheidend erachtet wurden, als zutreffend erkannt werden. Gegenüber dem Dritten, welcher mit mehreren unter sich verbundenen Personen insgesammt oder mit einem

von denselben oder aus ihrer eigenen Mitte bestellten Vertreter Namens der übrigen und hinsichtlich des Gegenstandes der Gemeinschaft Rechtsgeschäfte eingeht, tritt die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes der Gemeinschaft von jenem bei dem Gesellschaftsvertrage nicht hervor. Es kann daher eine verschiedene Behandlung der Haftung nicht wohl gerechtfertiget werden. Es würde beispielsweise an ausreichenden Gründen fehlen, die Haftung der Theilhaber gegenüber dem Dritten in dem Falle, wenn ein Landgut oder ein anderes Etablissement, um Gewinn daraus zu ziehen, kraft eines Gesellschaftsvertrages Gemeingut der Gesellschaft geworden ist, anders als in jenem Falle zu beurtheilen, wenn dasselbe Objekt in Folge einer Erbschaft oder Schenkung ein gemeinschaftliches geworden ist. **(Art. 589.)**

Bei der zufälligen Gemeinschaft besteht kein anderes Band zwischen den Theilhabern als jenes der thatsächlichen Ungetheiltheit des gemeinschaftlichen Vermögensgegenstandes. Deßhalb tritt dadurch, daß ein Theilhaber seinen Antheil an einen Dritten veräußert, dieser sofort vollständig in das Rechtsverhältniß zu den übrigen Theilhabern ein, während bei dem Gesellschaftsvertrage der Dritte dem Vertragsverhältnisse fremd bleibt und nur Gläubiger der Gesellschaft in Ansehung der ihm von einem der Gesellschafter abgetretenen Forderungen wird. Weil aber bei der onerosen Veräußerung eines Gemeinschaftsantheiles an einen Dritten, — einem sehr häufigen Falle — den übrigen Theilhabern, unter welchen vermöge des Entstehungsgrundes, der Gemeinschaft meist ein innigeres, oft auf Familienverhältnissen beruhendes Band besteht, durch das Gebahren eines Fremden schwere Unbequemlichkeiten und Streitigkeiten bereitet werden können, so ist — nach dem Vorbilde anderer Gesetzgebungen — den übrigen Theilhabern das Vorkaufsrecht kraft des Gesetzes eingeräumt worden, insoferne dieselben nicht vorziehen, sofort die Theilung der Gemeinschaft (vergl. Art. 589 Nr. 1) zu verlangen. **(Art. 590.)**

Die Hauptwirkung des vermöge der zufälligen Gemeinschaft entstehenden Rechtsverhältnisses ist, wie bereits angeführt, der Anspruch jedes Theilhabers auf Theilung der Gemeinschaft. Die Ausübung dieses Rechts ist eine Sache der freien Willkür. Wenn daher auch ein Theilhaber von seinem Verlangen der Theilung auf den Widerspruch der übrigen Theilhaber absteht, so wird er von seinem Rechte, dieselbe gleichwohl zu fordern, selbst durch den Ablauf der Verjährungszeit nicht ausgeschlossen. Die Theilung kann aber auch durch keinerlei Verfügung gänzlich oder auch nur für die Lebenszeit der Theilungsberechtigten ausgeschlossen werden. Die Zulassung des Gegentheils würde die aus der Gemeinschaft entstehende wesentlichste Berechtigung vernichten. **(Art. 591.)** Dagegen kann in giltiger Weise, wie auch bei anderen Obligationen, verfügt werden, daß innerhalb einer bestimmten Zeit diese Berechtigung nicht geltend gemacht werden dürfe. Der Entwurf enthält sich hier der (in anderen Gesetzgebungen vorkommenden) Festsetzung einer bestimmten Zeit, über welche hinaus dem paktirten Aufschube der Theilung keine Wirkung mehr zugestanden werden könnte, von der Erwägung ausgehend, daß hiedurch oft wohlerwogene Verfügungen eines Erblassers oder eines Schenkers, welche den Vortheil der Bedachten bezwecken, vereitelt oder der Willkür übelberathener Theil-

haber der Gemeinschaft preisgegeben werden können. Dem wahren Bedürfnisse wird schon dadurch ausreichend entsprochen, daß, wenn wirklich ein drückendes, nachtheiliges Verhältniß aus der für längere Zeit verfügten Ungetheiltheit der Gemeinschaft entsteht, hierauf allein schon das Verlangen auf Theilung vor Ablauf jener Zeit gestützt werden kann. **(Art. 592.)**

Die Theilung des Gegenstandes der Gemeinschaft enthält eine Veräußerung (vergl. Thl. I. Art. 5); daher können Personen, deren Handlungsfähigkeit beschränkt ist, dieselbe nur unter Hinzutritt der gesetzlich vorgeschriebenen Ermächtigung vornehmen, beziehungsweise hierauf Antrag stellen. **(Art. 593.)** Die Theilung der Früchte und Renten eines gemeinschaftlichen Vermögensgegenstandes aber liegt schon in dem Zwecke der Gemeinschaft, trägt den Charakter einer Veräußerung nicht an sich, und bedarf also auch keiner besonderen gesetzlichen Sicherung weder hinsichtlich der theilungsberechtigten Personen, noch hinsichtlich der Form des Theilungsaktes. **(Art. 596.)**

Die Theilung unter vollkommen handlungsfähigen Personen ist ein Akt der freien Privatwillkür. Das Gericht kann mit derselben nur in Folge des Antrages eines Theilhabers, oder wenn einer der Theilhaber minderjährig, entmündiget oder vermißt ist, kraft des Gesetzes befaßt werden und zwar entweder mit der Ordnung des ganzen Theilungsgeschäftes oder nur (vergl. Art. 597 Abs. 2) einzelner Punkte desselben. **(Art. 594.)** Durch eine solche gerichtliche Theilung wird aber nur ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgeübt, wogegen der Richter, an welchen einzelne Fragen, durch deren Entscheidung die Theilung der Gemeinschaft selbst bedingt ist, im Wege der Klage gebracht werden, selbstverständlich als Prozeßrichter handelt. Diese Verschiedenheit der richteramtlichen Thätigkeit bei Gemeinschaftstheilungen, auf welche hinzuweisen schon hier zweckmäßig erscheint, ist namentlich von Erheblichkeit für die Anfechtbarkeit der Theilung. Jene Theilung, durch welche auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach den im Gesetze vorgezeichneten Regeln (vergl. Art. 597—601) die Verhältnisse und Interessen der Betheiligten geordnet werden, befaßt sich natürlich mit der Entscheidung einer streitigen That- oder Rechtsfrage nicht; allein sie soll, wie jede außergerichtlich bewirkte Theilung, eine materiell richtige seyn. Erfolgt aber eine Entscheidung des Richters über die bei einer Theilung streitig gewordene Fragen, so kömmt allein die formelle Giltigkeit der Entscheidung in Betracht, und es greifen dagegen nur die gewöhnlichen prozessualischen Rechtsmittel Platz (vergl. Art. 606 Abs. 4). Die gerichtliche Theilung in dem bezeichneten ersteren Sinne dagegen kann ebenso wie eine außergerichtliche, wegen Verkürzung mit einer Klage angefochten werden (vergl. Art. 609 Abs. 1—3).

Vermöge des bezeichneten Wesens der Theilung des Gegenstandes einer Gemeinschaft der Substanz nach, bedarf es, wenn Minderjährige, Entmündigte oder Vermißte dabei betheiliget sind, zu deren rechtlicher Wirksamkeit der Genehmigung der bestellten Vertreter jener Personen. Es muß ferner auch noch die Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde hinzutreten, weil die Theilung

in der Regel in die Vermögensverhältnisse der unter den besonderen Schutz des Gesetzes gestellten Personen tief eingreift und oft ein schwieriges Rechtsgeschäft ist, so daß es geeignet erscheint, die Handlungen der Vertreter solcher Personen einer Prüfung der pflegschaftlichen Behörde zu unterstellen. Dieß muß auch dann gelten, wenn eine gerichtliche Theilung bei einer Betheiligung der genannten Personen ausnahmsweise erlassen ist (vergl. Art. 594 Nr. 2). **(Art. 592.)**

Bezüglich der durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bewirkenden Theilung bestimmt der **Art. 598** vorerst wie der Werth der in der Gemeinschaft befindlichen Vermögensobjekte zu erheben ist. Erscheint die zunächst gebotene Naturaltheilung unthunlich oder unzweckmäßig, so zeichnet der **Art. 599** als den Weg, welcher hienächst zum Zwecke einer anderweitigen Theilung einzuschlagen ist, die Bildung von Loosen vor. Hiedurch werden die einzelnen in Natur nicht wohl theilbaren Vermögensobjekte ungetheilt, nach Maßgabe ihres Werthes den Theilhabern auf ihre Antheile zugewiesen, und zwar wo möglich jedem Theilhaber eine gleiche Werthsgröße der vorhandenen beweglichen als unbeweglichen Objekte. Nicht zu vermeidende Ungleichheiten werden durch Auflage von Hinauszahlungen ausgeglichen. Dieses Mittel, die Theilung zu bewirken, entfernt sich am wenigsten von der Regel; trägt jedem begründeten Interesse der Theilhaber Rechnung, kann daher auch ohne Einverständniß sämmtlicher Theilhaber angeordnet werden. Soll jedoch das vorhandene einzige Immobile oder sollen die mehreren Immobilien, welche in Loose gebracht werden könnten, oder Forderungen und Schulden, welche von Rechtswegen schon als getheilt gelten, Einem der Theilhaber ganz zugewiesen werden, so werden Abfindungen und deren Sicherung auf dem Objekte, welches der zur Abfindung Verpflichtete aus der Theilung erhält, nothwendig; oft auch die Bestellung von Nutznießungsrechten und Dienstbarkeiten behufs der Ausgleichung an die vom Eigenthum der Objekte ausgeschlossenen Theilhaber. Dieser Theilungsmodus verletzt das aus der Gemeinschaft fließende Recht jedes einzelnen Theilhabers, bei der Auseinandersetzung an jedem Bestandtheile der Gemeinschaft einen Antheil zu erhalten; auch muß behufs der Ausführung dieser Theilung dem damit betrauten Beamten nothwendig ein freies Ermessen eingeräumt werden. Es erscheint daher gerechtfertiget, die Rechtsgiltigkeit dieser Theilungsart von dem Einverständnisse sämmtlicher Theilhaber abhängig zu machen. **(Art. 600.)**

Als letztes Mittel die Theilung zu bewirken, wenn eine Naturaltheilung nicht möglich oder doch nicht zweckmäßig erscheint, auch weder eine Theilung nach Loosen noch ein Einverständniß über den im Art. 600 bezeichneten Theilungsmodus Statt findet, stellt sich die öffentliche Versteigerung des Gemeinschaftsgegenstandes dar, zugleich der sicherste Weg, um den wahren Werth zu erlangen, Nur ganz singuläre Fälle vermögen eine Ausnahme von der öffentlichen Feilbietung und der hiedurch gegebenen unbeschränkten Konkurrenz Kauflustiger zu rechtfertigen. **(Art. 601.)** Erfahrungsgemäß führen aber öffentliche Versteigerungen nur dann zu dem erwünschten Ziele, wenn die Kauflustigen wissen, es werde sofort der Zuschlag auf das Meistgebot erfolgen; es müssen daher

die Fälle, in welchen der Zuschlag nicht sofort erfolgt, möglichst beschränkt werden. Demgemäß läßt der **(Art. 602)** nur unter der Voraussetzung, daß der Schätzungspreis durch das Meistgebot nicht erreicht ist, und hier wieder nur in zwei Fällen, eine zweite Versteigerung zu, nämlich 1) wenn entweder sämmtliche Theilhaber solche beantragen, oder 2) wenn es der Theilungsrichter (auf welchen zur Beschleunigung der Sache hier die Befugniß auch jener Oberkuratelbehörde übergeht, welche sonst zur Genehmigung der Theilung die competente wäre) dem Interesse jener Personen angemessen findet, welche im Art. 594 Nr. 2 bezeichnet sind. Erst dann, wenn die öffentliche Versteigerung der gemeinschaftlichen Sache erfolglos bleibt, kann dieselbe dem Meistbietenden unter den Theilhabern selbst zugeschlagen werden. **(Art. 603.)**

Der **Art. 604** gibt darüber die erforderlichen Bestimmungen, welchen Theilhabern die einen Theilungsgegenstand betreffenden Urkunden (z. B. über den Erwerb des Eigenthums, von Dienstbarkeiten rc.) von Seite des Theilungsrichters auszuhändigen seyen.

Durch den **Art. 605** wird, um dem Eigenthumserwerbe die erforderliche Sicherheit zu gewähren, der Theilungsrichter verpflichtet, über die Zutheilung unbeweglicher Sachen oder dinglicher Rechte auf Verlangen desjenigen, an welchen die Zutheilung geschieht, eine öffentliche Urkunde zu errichten; endlich wird im **Art. 606** die entsprechende Bestimmung über die Kosten der Theilung gegeben. Alles Bestimmungen, welche einer Rechtfertigung nicht bedürfen.

Durch die Gemeinschaftstheilung soll jedem Theilhaber sein bisher ideeller Theil an dem Gemeinschaftsgegenstande reell zugewiesen werden; dieses ist aber dann nicht der Fall, wenn dem Theilhaber die auf seinen Theil zugewiesenen Sachen aus einem zur Zeit der Theilung schon vorhandenen Grunde entwährt werden, oder wenn sich ergibt, daß eine ihm zugewiesene Aktivforderung entweder gar nicht bestehe, oder schon zur Zeit der Theilung uneinbringlich gewesen sey. Daher liegt den Gemeinschaftsgenossen die Verpflichtung zur gegenseitigen Gewährleistung der Jedem zugewiesenen Theile ob, und zwar nach dem Verhältnisse der Antheilsgröße und nach dem Werthe, zu welchem das entwährte Objekt bei der Theilung angeschlagen wurde. Da die Gewährleistung hier den Zweck hat, die Mängel der Theilung auszugleichen, so muß der Werth der entwährten Sache nach dem Anschlage zur Zeit der Theilung zu Grunde gelegt werden. Die Thatsache der Entwährung muß ferner so beurtheilt werden, als hätte sie die Sache in ungetheiltem Zustande, folglich mit Wirkung auf sämmtliche ideelle Theile betroffen, weßhalb die Verbindlichkeit zur Gewährschaftsleistung sämmtlichen Theilhabern einschlüssig desjenigen zufällt, welchem der ihm zugewiesenen Antheil entwährt wird. Letzteres muß auch von dem Verluste des ersatzberechtigten Theilhabers gelten, welchen dieser durch die Zahlungsunfähigkeit eines der übrigen erleiden würde. Nach denselben Grundsätzen muß sich natürlich auch die Haftung der übrigen Theilhaber für den Schaden richten, welcher durch die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners der Gemeinschaft jenem Theilhaber zugeht, welchem die Schuld vermöge der Theilung zugewiesen wurde. **(Art. 607 u. 608.)**

Ist die Theilung nicht so bewirkt worden, daß der durch dieselbe zugewiesene reelle Theil dem ideellen Theile seinem Werthe nach entspricht, so ist eine richtige Theilung nicht vorhanden; sie kann daher angefochten werden, ohne Unterschied ob sie außergerichtlich oder gerichtlich gepflogen, oder auch im Falle des Art. 595, obervormundschaftlich genehmiget wurde. Die thatsächlichen Voraussetzungen einer gerichtlichen Theilung, als eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie z. B. jene über die Größe der ideellen Antheile, über den Werth, Flächeninhalt 2c. der Sache, beruhen nicht auf richterlicher Feststellung in Folge eines contradiktorischen Verfahrens, sondern auf amtlichen Erfahrungen und Erhebungen, sowie auf den Erklärungen der Interessenten. Diese Grundlage der Theilung kann daher, abgesehen von den allgemeinen Anfechtungsgründen, wie z. B. wegen Irrthums, Betrugs, hinsichtlich ihrer materiellen Wahrheit und Richtigkeit jedenfalls auch dann angefochten werden, wenn eine erhebliche Verkürzung eines Theilhabers, sey es bezüglich des Anschlages des Theilungsgegenstandes, sey es hinsichtlich des Antheiles an der Gemeinschaft selbst vorliegt. Als eine erhebliche Verkürzung erklärt der Entwurf,— um eine feste Grenze zu ziehen — jene, wodurch einem Theilhaber mehr als ein Viertheil des ihm an der ganzen Theilungsmasse gebührenden Antheiles entzogen wird. Um zu ermitteln, ob eine Verkürzung vorliege, welche zur Anfechtung der Theilung berechtiget, sind selbstverständlich die zur Vertheilung gebrachten Objekte nach dem Werthe in Ansatz zu bringen, den sie zur Zeit der Theilung hatten. **(Art. 609 Abs. 1 u. 3.)** Ergibt sich, daß ein Gegenstand der Gemeinschaft bei der Theilung unberücksichtigt blieb, so kann nur die nachträgliche Theilung desselben, dagegen von einem Theilhaber, welcher bei der Theilung ganz übergangen wurde, eine neue Theilung begehrt werden; das Letztere, weil sich hiedurch die Zahl der Antheile verändert und jeder Theilhaber berechtigt seyn muß, bei dem Akte der Theilung des Gemeinschaftsobjektes seine Interessen zu vertreten. **(Art. 610.)** Diese Berechtigung ist aber gewahrt, wenn der Theilhaber nur den quantitativ richtigen Theil am Gemeinschaftsgegenstande nicht erhalten hat, weßhalb in diesem Falle den übrigen Theilhabern gestattet werden kann, eine neue Theilung durch eine Vergütung in Geld an den verkürzten Theihaber abzuwenden. **(Art. 609 Abs. 2.)**

Das Prinzip, daß der Verzicht auf Berechtigungen, deren Entstehungsgründe in der Zukunft liegen und welche dem Verzichtenden unbekannt sind, keine Wirkung äußern könne, macht sich auch bei der Gemeinschaftstheilung bezüglich des Verzichts auf das Anfechtungsrecht geltend, zumal sich gerade hier vielfach Anlaß zu Uebervortheilungen darbietet; daher die Bestimmung des **Art. 611.**

Das Bedürfniß, für die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche durch die Theilung einer, nicht selten Streitigkeiten nährenden, Rechtsgemeinschaft neu geschaffen werden, möglichst bald eine definitive Gestaltung herbeizuführen, gebietet die Abkürzung der Verjährungszeit für jene Klagen, welche aus der Theilung einer Gemeinschaft entspringen können. Daher die diesem Bedürfnisse entsprechenden Bestimmungen der **Art. 612 u. 613**, bei welchen es lediglich bezüglich des

Abs. 4 des Art. 612 einer Bemerkung bedarf. Ist eine schon von Rechtswegen getheilte Forderung, welche mit anderen ungetheilten Sachen den Gegenstand einer Gemeinschaft bildet, einem der Theilhaber allein zugewiesen worden und ist dieselbe an eine Kündigungsfrist geknüpft, so würde die Regel, daß die im Art. 612 Abs. 3 für die Regreßklage gegen die übrigen Theilhaber wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bestimmte Verjährungsfrist erst mit der Klagbarkeit der betreffenden Forderung zu laufen beginne, dazu führen, daß der hier erstrebte Zweck, baldmöglichst einen unanfechtbaren Zustand für die Theilung herbeizuführen, möglicherweise erst nach sehr langer Zeit erreicht würde; dann nämlich, wenn der Theilhaber die ihm zugewiesene Forderung erst viele Jahre nach der Zuweisung dem Schuldner kündiget. Es erschien daher zweckmäßig, dem Theilhaber die Pflicht aufzulegen, die Forderung nach der Zuweisung zeitig dem Schuldner zu kündigen, wenn er sich den Regreß auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des letzteren gegen die übrigen Theilhaber erhalten will. Daher wird für diesen besonderen Fall die von der Zuweisung der Forderung an für die Regreßklage laufende Verjährungsfrist von drei Jahren noch um die für die Forderung paktirte Kündigungsfrist verlängert.

Die Theilung der Gemeinschaft hat immer nur Rechte und Verpflichtungen der Theilhaber unter sich zum Gegenstande; deßhalb werden dadurch die Rechte Dritter, welche an dem Gemeinschaftsgegenstande schon vor der Theilung erworben waren, nicht berührt, insoweit nicht eine freie Uebereinkunft mit diesen Betheiligten, namentlich durch Schuldübernahme oder Umwandlung in Mitte tritt. **(Art. 614.)**

Zehntes Hauptstück.

Grenzverwirrung.

Sind die Grenzen einer nicht überbauten Bodenfläche, namentlich eines landwirthschaftlichen Grundstückes, in der Art zwischen den Eigenthümern der angrenzenden Grundstücke ungewiß, daß keiner derselben weder ein gewisses Maß des ihm zustehenden Grundbesitzes überhaupt, nach welchem die Zutheilung des streitigen Stückes erfolgen könnte, noch auch ein ausschließendes Recht auf dieses Stück nachzuweisen vermag, so bleibt nichts Anderes übrig, als daß das Streitobjekt Kraft des Gesetzes die Eigenschaft eines gemeinschaftlichen Eigenthums annehme, welches der Richter gleichheitlich unter den Nachbaren zu vertheilen hat. Ein dieser Art der Gemeinschaftstheilung naheliegendes Verhältniß tritt auch dann ein, wenn zwar das Maaß des jedem der Angrenzer zustehenden Grundbesitzes entweder unbe-

stritten oder nachweisbar ist, wenn aber darüber ein Streit besteht, welchen Zug die Grenze zwischen dem beiderseitigen Grundbesitze zu nehmen habe. Hier bestimmt der Richter unter Zuziehung von Sachverständigen den Grenzenzug in der Art, daß den beiderseitigen, meist landwirthschaftlichen, Interessen Rechnung getragen wird und doch jedem Theile das Maaß seiner Berechtigung am Grundbesitze verbleibt. Von der Theilung der Rechtsgemeinschaft entfernter steht endlich der Fall, wenn die Grenzen benachbarter Grundstücke lediglich verdunkelt und hiedurch in Verwirrung gerathen sind. Hier hat der Richter vorerst auf Antrag eines der Nachbaren, seyen es Eigenthümer oder Nutzungsberechtigte, die alten Grenzen zu ermitteln, und, wenn dies gelingt, durch Abmarkung wiederherzustellen. Führt dieses Verfahren zu keinem Ziele, so wird meistens jene Ungewißheit des Grenzenzuges oder der Grenzen überhaupt eintreten, welche die Thätigkeit des Theilungsrichters hervorruft. Der Zustand der Verwirrung oder der völligen Ungewißheit der Grenzen selbst oder doch des Grenzenzuges schließt aber einen festen Besitzstand aus, weßhalb die für diese Fälle gegebenen Klagen einer Verjährung nicht unterliegen können. **(Art. 615—618.)**

Eilftes Hauptstück.

Darlehensvertrag.

Die Grundlage der sämmtlichen Vorschriften dieses Hauptstückes bildet das Prinzip, daß durch den Darlehensvertrag beabsichtiget wird, dem Empfänger nicht blos den Gebrauch, sondern den Verbrauch des dargelehnten Gegenstandes zu gewähren. Hieraus folgt vor Allem, daß die Absicht das Eigenthum auf den Anleiher zu übertragen das charakteristische Merkmal des Darlehensvertrages bildet, dann daß nicht dieselbe Sache, die Spezies, sondern das Genus restituirt wird, sonach nur vertretbare Sachen Gegenstand des Darlehens seyn können. **(Art. 619.)**

Einige Gesetzgebungen stellen noch weiter das Erforderniß auf, daß der Darleiher Eigenthümer des Vertragsgegenstandes seyn müsse. Der Entwurf tritt dieser Ansicht nicht bei, indem es nach dem Wesen des Darlehens nur darauf ankömmt, daß das Empfangene in das Vermögen des Anleihers übergeht, was auch in Folge der Uebergabe fremder vertretbarer Sachen eintreten kann. Ist dieß geschehen, so wird hiedurch eine Darlehensschuld und zwar nach der persönlichen Natur der Schuldverträge gegenüber dem Geber begründet.

Ferner kann ein Darlehen offenbar giltig kontrahirt werden, wenn der Anleiher ermächtiget wird, eine vertretbare Sache, welche er dem Darleiher schuldet, als Darlehen zu behalten, oder wenn derselbe auf Anweisung des Darleihers die Sache von einem Dritten erhält **(Art. 622)**; in allen diesen Fällen ist aber der Darleiher ebenfalls nicht Eigenthümer des Darlehens-Gegenstandes.

Das Darlehen ist auch nach der heutigen Rechtsanschauung ein Realkontrakt; es wird erst durch die wirkliche Hingabe perfekt. Hiedurch ist nicht ausgeschlossen, daß auch das Darlehensversprechen bindende Kraft haben kann, insoferne nur die Erfordernisse, welche alle vorbereitenden Verträge nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 19) zu ihrer Giltigkeit bedürfen, gegeben sind. Das Darlehensversprechen hat das Eigenthümliche, daß durch dasselbe der zukünftige Gläubiger zum vorläufigen Schuldner und der zukünftige Schuldner zum vorläufigen Gläubiger wird, hieraus erwachsen einige Besonderheiten, welche nothwendig machten, ausnahmsweise diesen vorbereitenden Vertrag speziell zu behandeln. **(Art. 620 u. 621.)**

Insbesondere erhalten die im Art. 138 im allgemeinen festgesetzten Folgen des Verzuges besonders strenge Anwendung, wenn das versprochene Darlehen nicht rechtzeitig gegeben wird, weil der Anleiher sich in seinen Unternehmungen und sonstigen Vermögensverhältnissen auf die gegebene Zusage verläßt und leicht in großen Schaden versetzt wird, wenn er das zugesagte Darlehen nicht in der festgesetzten Zeit erhält. Auf der anderen Seite wird auch das Interesse desjenigen, welcher das Darlehen zugesagt hat, dem Erfordernisse der Billigkeit entsprechend berücksichtiget in dem Falle, daß die Vermögensverhältnisse des Anleihers sich in solcher Art verschlechtern, daß die Sicherheit des Darleihers wesentlich geschmälert wird. Hier findet die clausula rebus sic stantibus ihre volle Berechtigung. Anderseits kann ein Zwang zur Annahme des Darlehens gegen den Anleiher nicht stattfinden; es würde sonst eben dahin kommen, daß derselbe zwar das Geld annimmt, aber sogleich wieder zurückzahlt. Im Uebrigen muß der Fall einer solchen Nichtannahme nach denselben Grundsätzen, wie eine vorzeitige Rückzahlung behandelt werden. So wenig daher der Anleiher, auch wenn das Darlehen als ein unverzinsliches versprochen war, ein Interusurium (Art. 102) fordern kann, ebensowenig kann, wenn das nichtangenommene Darlehen als ein verzinsliches verabredet war, dem Darleiher (wie dieß in einigen Gesetzgebungen geschieht) allgemein eine Vergütung, als Ersatz der Opfer, welche ihm die rechtzeitige Bereithaltung des Geldes in der Regel verursacht, zugesprochen werden. Diese Vergütung gebührt ihm vielmehr nur dann, wenn eine Kündigungsfrist bedungen war, weil der Schuldner, auch wenn er beim Empfange des Darlehens sogleich kündigt, doch immerhin die Zinsen bis zum Ablauf des Kündigungszieles bezahlen müßte.

Die **Art. 622–625** behandeln den Gegenstand des Darlehens. Hier erfordert vor Allem der sog. contractus mohatrae eine besondere Beachtung. Es ist eine der häufigsten und schädlichsten Formen, in denen der Wucher auftritt, daß dem Darlehensbedürftigen statt baaren Geldes andere Gegenstände gegeben

werden. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden. Werden die Gegenstände vorher nicht angeschlagen, so kann die Intention der Parteien nur die seyn, daß dieselben verkauft und der Kaufpreis als Darlehensbetrag gelten soll. Hier läuft kein Wucher unter, nur kann dem Begriffe des Darlehens nach dieses erst dann als perfekt betrachtet werden, wenn der Anleiher den Kaufpreis erhält; vorher ist derselbe nur Mandatar, Trödler u. s. w. Anders, wenn die Gegenstände zu einem bestimmten Anschlage gegeben werden, was auch dann der Fall ist, wenn Jemand das Darlehen einer bestimmten Summe anerkennt, anstatt baaren Geldes aber andere Sachen erhält. In diesem Falle nimmt der Entwurf an, es habe hier kein Darlehen stattgefunden und berechtiget den Hingebenden nur, die Rückgabe der Gegenstände, und soweit diese nicht mehr vorhanden, den Ersatz des Werthes, welchen sie zur Zeit der Hingabe hatten, zu verlangen. Da eine Zinsverbindlichkeit nur bei einer Verpflichtung zur Leistung vertretbarer Sachen denkbar ist, so setzt der Entwurf **(Art. 622 Abs. 4)** fest, daß ein Zinsversprechen unwirksam bleibt, wenn der Schuldner die empfangenen Gegenstände in Natur zurückzugeben hat.

Den Bestimmungen über den Rückersatz des Darlehens, welche sich im Allgemeinen den Vorschriften über Zahlung von Geldschulden (Art. 86—90) anschließen, wurden einige Sätze in Bezug auf den jetzt so häufigen Verkehr mit Werthpapieren beizufügen für nothwendig erachtet. Die Fälle, welche bei der Hingabe eines Darlehens in Werthpapieren vorkommen können, sind hauptsächlich von zweierlei Art, je nachdem sie als Waare oder als vertretbare Sachen gegeben werden. Das Erstere ist der Fall, wenn die Summe des Darlehens bestimmt, statt des Geldes aber Werthpapiere gegeben sind; hier muß als die stillschweigende Intention des Geschäftes angenommen werden, es seyen die Werthpapiere dem Anleiher zu dem Zwecke hingegeben worden, damit er aus deren Verwerthung sich das Geld sofort verschaffe und es kann nur der Kurswerth der Papiere zur Zeit ihrer Hingabe als wirklich gegebenes Darlehen angesehen werden. **(Art. 625.)**

Die Umgehung dieser Vorschrift muß dadurch gehindert werden, daß jede anderweitige Verabredung, — namentlich jene, daß die hingegebenen Papiere zu einem den Kurswerth übersteigenden Betrage anzunehmen seyen, — als unwirksam erklärt wird, wenn nicht diese Differenz sich als eine innerhalb des gesetzlichen Maßes bleibende Zinsvergütung darstellt. Daher die Bestimmung des Art. 625 Abs. 2.

Dagegen läßt sich zwar einwenden, daß hiedurch der Gläubiger verlieren könnte. Wenn die Papiere, welche er dem Schuldner gegeben hat, als sie niederer im Kurse standen, seither gestiegen sind, so kann er sich mit der Summe, die er zurückerhält, allerdings nicht mehr dieselbe Anzahl von Papieren kaufen und erleidet sonach einen Verlust. Allein er hat auch den Vortheil, wenn unterdessen die Papiere gefallen sind, und will er das Risiko nicht laufen, so kann er bei dem Darlehen Papiere nicht in ihrer Eigenschaft als Waare, sondern als vertretbare Sache, gleichsam als Geld geben, in welchem Falle ihm der Anleiher seiner Zeit denselben Nominalwerth in gleichen Papieren zurückerstatten muß, ohne Rücksicht auf die unterdessen eingetretenen Kursschwankungen. **(Art. 624 Abs. 1.)**

Für den seltenen Fall, daß zur Zeit der Rückgabe solche Papiere nicht mehr im Verkehre seyn sollten, muß schon nach dem Grundsatze des Art. 626 Abs. 2 deren Werth ersetzt werden. Um Streitigkeiten hiebei zu vermeiden, hat der Entwurf **Art. 624 Abs. 2** deren Nennwerth als maßgebend erklärt, weil man mit Recht sagen kann, daß dieser Werth doch eigentlich als der ordentliche Werth dieser Papiere anzusehen ist, und praktisch ohnehin die Unmöglichkeit der Rückgabe gleicher Papiere nur eintreten wird, wenn dieselben von dem Ausgeber inzwischen eingelöst wurden, in welchem Falle (abgesehen von einem Bankerut) der Gläubiger, wenn er die Papiere selbst besessen, den Nennwerth erhalten hätte. Da jedoch bei diesen Darlehensarten auch eine andere Absicht der Parteien obgewaltet haben kann, so setzt der Entwurf fest, daß die vorstehenden Bestimmungen nur im Zweifel, also subsidiär in Anwendung kommen sollen.

Was nun die aus dem Darlehensvertrage im Allgemeinen hervorgehenden Verbindlichkeiten betrifft, so sprechen die **Art. 626 u. 627** nur von dem Anleiher; allerdings hat auch der Darleiher die Verpflichtung für den Schaden zu haften, welcher dem Anleiher aus etwaiger schlechter Beschaffenheit des Darlehensgegenstandes zugeht; allein dies folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen und bedurfte daher nicht (wie z. B. im Hessischen Entwurfe Art. 135 geschieht) einer ausdrücklichen Bestimmung. Die Vorschrift des Art. 627, daß nur der hingegebene Gegenstand, nicht aber Mehr zurückzugeben ist, folgt aus dem Begriffe des Darlehens und ist ein so integrirender Bestandtheil des Vertrages, daß selbst eine entgegenstehende Verabredung ungiltig seyn muß. Hiedurch ist jedoch natürlich nicht ausgeschlossen, daß etwa die Zinsen erst mit dem Kapitale in einem Gesammtbetrage gezahlt werden; nur müssen in solchem Falle die allgemeinen Bestimmungen über die Größe der zulässigen Verzinsung, dann die über den Anatozismus eingehalten seyn.

Zur Materie von der Verzinsung übergehend schickt der Entwurf **(Art. 628 Abs. 1)** den Satz voraus, daß Zinsen ausdrücklich stipulirt werden müssen, indem der Begriff des Darlehens nur die Rückgabe einer *gleichen* Menge bedingt und es sich nicht verkennen läßt, daß bei Darlehen von geringerem Betrage die Absicht der unverzinslichen Hingabe die Regel bildet, bei bedeutenderen Beträgen aber unter den Vertragschließenden ausdrückliche Verabredung nicht unterbleiben wird. Den entgegengesetzten Usancen des Handelsverkehrs soll durch das gegenwärtige Gesetzbuch nicht derogirt werden; das zu erwartende Handelsgesetzbuch hat diesem gegenüber die Eigenschaft eines Spezialgesetzes. Werden ohne eine Zinsverabredung dennoch vom Schuldner Zinsen gezahlt, so ist die Annahme berechtigt, daß dieses im Hinblicke auf den Nutzen geschehen sey, den ihm das Kapital gewährt, oder daß andere Rücksichten die Zahlung motivirten. Deshalb läßt der Entwurf eine Rückforderung des Gezahlten nicht zu, einerlei, ob der Schuldner über die gesetzliche Bestimmung, daß ein Darlehen von Rechtswegen unverzinslich ist, im Irrthum war und sich für stillschweigend hiezu durch die Darlehensnahme verpflichtet glaubte, oder ob er etwa fälschlich meinte, es seyen Zinsen wirklich stipulirt worden, wenn nur das gesetzliche Zinsenmaß nicht überschritten oder das

Verbot des Anatozismus nicht übertreten wurde. Hat aber die Verzinsung eine Reihe von Jahren fortlaufend stattgefunden, so begründet dieses für das Bestehen einer Zinspflicht eine hinreichende, auch für die spätere Zeit wirksame Vermuthung, welche nur durch den Beweis des Gegentheils beseitiget werden kann. **(Art. 628 Abs. 2.)**

Der Entwurf nimmt überall da wo eine Zinspflicht besteht, in Ermangelung anderer Anhaltspunkte fünf Prozent als den normalen Zinsfuß an. Dieser Maßstab muß auch bei dem Darlehen gelten, wenn die Verzinsung desselben ohne Bezeichnung des Zinsfußes verabredet ist. **(Art. 629.)** In solchen Fällen den „üblichen“, oder den orts- oder landesüblichen Zinsfuß als stillschweigend bedungen anzunehmen, wäre deshalb bedenklich, weil dieser dem Wechsel unterworfen ist, und der erforderliche Nachweis sehr oft mit großen Schwierigkeiten und Weiterungen verbunden wäre.

Zu den wichtigsten Fragen in der Materie vom Darlehen gehört die: ob es rathsam sey, den Geldverkehr von den Beschränkungen zu befreien, durch welche bis jetzt der Schutz des bedrängten Geldbedürftigen gegen die Uebermacht und den Mißbrauch des Kapitals bezweckt wurde. Diese Frage ist an sich keine civilrechtliche sondern eine volkswirthschaftliche, und es wäre nicht wohl am Platze, die so vielfältig erörterten Gründe für und gegen hier nochmals einer eingehenden Diskussion zu unterwerfen. Man mag zugeben, daß die fortschreitende Entwicklung unserer Verkehrszustände zur Aufhebung aller jener Beschränkungen führen wird, daß es sich hier nur um die Frage der Zeit handelt; für den gegenwärtigen Augenblick muß man behaupten, daß sich die öffentliche Meinung keineswegs entschieden für eine absolute Verkehrsfreiheit ausspricht, daß die Ansichten in ihrer Mehrheit eine solche sogar in mancher Hinsicht als sehr bedenklich erachten, und daß jedenfalls ein Theil unserer Bevölkerung sicherlich noch eines Schutzes gegen übermäßige Bevortheilung des Kapitales bedarf. Hiezu kommt endlich, daß auch in den benachbarten Staaten eine Aufhebung der Wuchergesetze noch nicht allgemein erfolgt ist, derartige bedeutende nationalökonomische Maßregeln aber nicht wohl in einem einzelnen Landesgebiete versucht werden sollten.

Die bayerische Gesetzgebung begnügt sich daher zur Zeit mit der Beseitigung der kriminellen und polizeilichen Strafbestimmungen wider den Wucher, die sich bekanntlich ohnehin als erfolglos erwiesen haben, und die auch nicht gerechtfertigt erscheinen, da — soweit nicht etwa eine betrügliche Täuschung des Schuldners mitunterläuft, sondern dieser freiwillig das Geschäft eingeht — eine Rechtsvorschrift überall nicht verletzt erscheint.

Dagegen sieht sich der Staat nicht veranlaßt, derartigen Geschäften, in welchen immerhin in den häufigsten Fällen eine an Unsittlichkeit streifende Ausbeutung der Kreditbedürftigkeit durch das Kapital sich Geltung verschafft, den gerichtlichen Schutz zu verleihen und dadurch dieselben gleichsam zu sanktioniren.

Von diesem Standpunkte aus hat der Entwurf:

1) ein Maximum für die Höhe der Zinsen festgehalten, dasselbe jedoch auf sechs vom Hundert erhöht. Diese Erhöhung erscheint durch die Zeitverhältnisse

durchaus geboten. Sie besteht im Handelsverkehre und bei Wechselschulden und in Folge der allgemeinen Wechselfähigkeit würde die Umgehung des bisherigen Maximums mittelst Einkleidung des Darlehens in eine Wechselschuld stets möglich seyn.

Damit diese Vorschrift nicht umgangen werden könne, ist die Versteckung höherer Zinsen unter einer Kapitalserhöhung **(Art. 627)** oder unter anderweitigen Vergütungen **(Art. 630 Abs. 2)** verboten, auch die Rückforderung des bereits zu viel Geleisteten **(Art. 632 Abs. 2)** gestattet.

Der Entwurf verbietet ferner:

2) Die Minderung des effektiven Darlehens-Kapitals durch Vorabzug der Zinsen von demselben **(Art. 634 Abs. 2)** und zwar ganz allgemein. Die mitunter (z. B. Hess. Entwurf Art. 145) beliebte Unterscheidung, ob die bedungenen Zinsen das gesetzliche Maximum erreichen oder nicht, wobei im letzteren Falle ein Vorabzug unter gewissen Beschränkungen gestattet ist, wurde zur Aufnahme nicht für geeignet erachtet. Der Zweck wird sicherer erreicht, wenn an dem Grundsatze festgehalten wird, daß die Zinsen eine Quote des wirklich hingegebenen Kapitals seyn sollen.

3) Eine schon zum Voraus eingegangene Verabredung, daß die Zinsen nicht bezahlt, sondern als neues verzinsliches Darlehen behalten werden sollen, ist für ungiltig erklärt. **(Art. 631.)** Denn dieser Zinseszins, welcher in kurzer Zeit den Schuldner erdrückt, ist allzu verlockend für den Bedrängten oder auch für den Lässigen, der nur an die Gegenwart denkt und nicht das Gewicht einer solchen Anhäufung überlegt. Der Staat muß daher hier von dem Gesichtspunkte eingreifen, daß in der Regel dieser Wucher da geübt wird, wo der Gläubiger durch die Noth und Bedrängniß des Schuldners eine Uebermacht besitzt, welche die volle Freiheit des letzteren nicht aufkommen läßt. Die Fassung des Entwurfes involvirt zugleich eine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 628 Abs. 3. Da eine Verzinsung rückständiger Zinsen überhaupt unzulässig ist, so kann das zurückgefordert werden, was in dieser Absicht gezahlt wurde.

Das gemeine Recht hat unter dem verbotenen Anatozismus auch jenen Fall begriffen, wo nicht zum Voraus künftig anfallende Zinsen, sondern solche, die bereits rückständig sind, als neues verzinsliches Darlehen gegeben werden. Allein zwischen diesen beiden Fällen waltet ein erheblicher Unterschied ob. Die vorherige Verabredung wirkt auf eine ungewisse Zukunft hin, — der Schuldner übersieht diese Wirkung in der Regel noch nicht hinlänglich. Die nachherige Uebereinkunft dagegen überblickt den Zustand der gegenwärtigen Schuld vollkommen, — der Schuldner weiß, was er thut. Auch läuft es im Endresultate offenbar auf dasselbe hinaus, ob er ein neues, verzinsliches Kapital zur Deckung der rückständigen Zinsenschuld aufnimmt, oder sich mit dem Gläubiger über die Kapitalisirung und Verzinsung der rückständigen Zinsenschuld vereinbart, abgesehen davon, daß ihm das letztere leichter fallen wird, und daß er vielleicht dadurch einer ihn in große Verlegenheit setzenden Einklagung der Gesammtforderung entgeht. Nur darf eine solche Vereinbarung nicht dazu dienen, den Schuldner selbst zur Nichtabtragung der Zinsen

zu veranlassen; der Art. 631 Abs. 2 verfügt deshalb, daß der zu kapitalisirende Zinsenrückstand mindestens zwei Jahre alt seyn muß.

Die Vorschrift, daß Zinsen im Zweifel in derselben Art von Sachen wie das Darlehen enthält, gezahlt werden müssen **(Art. 633)**, folgt aus der Natur der Zinsverbindlichkeit. Eine Ausnahme tritt bei Kreditpapieren ein, wenn diese nicht statt eines der Summe nach bestimmten Darlehens, sondern als vertretbare Sachen gegeben werden; denn es fällt in die Augen, daß in diesem Falle nicht wohl der Zins in Kreditpapieren entrichtet werden kann, sondern in Geld gezahlt werden muß. Uebrigens läßt der Entwurf unentschieden, welches Kapital in solchen Fällen der Verzinsung zu Grunde gelegt werden soll, weil sich hierüber eine allgemeine Bestimmung nicht treffen läßt, vielmehr allein die Absicht der Parteien entscheidend seyn kann.

Eine dem Rechtsverkehre der Gegenwart eigenthümliche Form des Darlehens ist das Annuitätendarlehen und der Entwurf hat die Hauptgrundsätze der hier einschlagenden Rechtsgestaltung in den **Art. 635–638** geordnet. Vor Allem ist nöthig zu bestimmen, daß der Annuitätenbetrag auch höher als das erlaubte Zinsenmaß bestimmt werden kann, weil eben nur ein Theil der Annuität wirklicher Zins, der andere ein Theil des Kapitales ist, welcher heimgezahlt wird. Sodann wird das allgemeine Prinzip der Tilgung solcher Darlehen aufgestellt; wird dieses Prinzip mathematisch entwickelt, so ergibt sich, daß bei einem üblichen Zinsfuß von 4% das Kapital mit einer Annuität von 5% in etwa 41 Jahren, mit einer Annuität von 6% in etwa 28 Jahren getilgt wird u. s. w., was in der Praxis auch bisher gewöhnlich angenommen wurde. Die Bestimmung des **Art. 637** endlich folgt aus dem Rechte des Schuldners, unter allen Umständen sich durch Zahlung zu befreien; im Hinblicke auf die Usance, welche sich in den einschlägigen Statuten derjenigen Geldinstitute ausspricht, die sich mit dieser Art von Darlehen beschäftigen, wurde dem Schuldner, zu dessen Gunsten ohnehin diese ganze Form des Darlehens dient, auch die Befugniß, Abschlagszahlungen zu machen, gewährt und hiefür nur eine durch die Rücksicht auf das Interesse des Gläubigers gebotene Grenze gezogen. Ebenso entspricht es dem hier vorliegenden Verhältniß, daß dem Schuldner die Befugniß eingeräumt werde, von dem Gläubiger bei jeder Annuitätenzahlung Urkunde über die Minderung seiner Kapitalschuld zu verlangen. **(Art. 638.)**

Was schlüßlich die Bestimmung über die Beweiskraft eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses betrifft **(Art. 639)**, so entspricht dieselbe den schon im allgemeinen Theile (Art. 21) über den Schuldschein überhaupt aufgestellten Sätzen. Die Gründe der Aenderung des gemeinen Rechtes in diesem Punkte hier nochmals aufzuführen, dürfte um so weniger nothwendig seyn, als dieselben bereits zur Regelung dieses Punktes durch das Gesetz vom 26. März 1859 „die Einrede des nicht gezahlten Geldes oder Heirathsgutes betr." geführt haben, und in der Doktrin genugsam erörtert sind. Der Entwurf setzt den Beginn der Beweiskraft der Schuldurkunde in den Moment der Uebergabe an den Gläubiger, wobei sich von selbst versteht, daß diese Bestimmung auf öffentliche Urkunden keine Anwendung findet,

da dieselben in der Regel nicht zur Aushändigung bestimmt sind, weshalb hier die allgemeinen Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden gelten müssen. Welche Bestandtheile ein Schuldschein haben müsse, um überhaupt beweiskräftig zu seyn, und ob und durch welche Mittel ein Gegenbeweis gegen den Inhalt eines schriftlichen Bekenntnisses zulässig sey, wurde, als dem Prozeßgesetz angehörig, hier übergangen; auch konnte kein hinlänglicher Grund gefunden werden, für Schuldscheine (wie manche Gesetzbücher und Entwürfe thun) eine besondere Einschränkung des Gegenbeweises oder einen Ausschluß desselben nach einer gewissen Zeit u. s. w. zu statuiren. Da übrigens die Schuldbekenntnisse in Hypothekensachen und insbesondere die Einträge im öffentlichen Buche eine spezielle Behandlung erfordern, so wurden diese Bestimmungen vorbehalten.

Zwölftes Hauptstück.

Leihvertrag.

Aus der dem bestehenden Rechte entsprechenden Begriffsbestimmung des Leihvertrages, wie sie im **Art. 640** festgesetzt ist, folgen nachstehende Sätze:

1) Die Unentgeltlichkeit der Ueberlassung gehört zum Wesen des Vertrages und hiedurch unterscheidet er sich wesentlich vom Miethvertrage.
2) Weil nur Sachen als Objekt des Vertrages erklärt sind, so ist die Ueberlassung der Ausübung von Rechten, wenn auch in unentgeltlicher Weise, nicht nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zu beurtheilen.
3) Sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen können Gegenstand des Vertrages seyn.
4) Das Eigenthum der Sache verbleibt bei dem Verleiher oder wenn dieser eine fremde Sache verliehen hat, bei dem Eigenthümer derselben und hiedurch unterscheidet sich der Leihvertrag von dem Darlehensvertrage.
5) Nachdem die geliehene Sache selbst wieder zurückgegeben werden muß, so können solche Sachen, deren spezielle Zurückgabe nicht möglich ist, Gegenstand des Leihvertrags nicht seyn.

Verbrauchbare Sachen können deshalb nur dann verliehen werden, wenn ein solcher Gebrauch beabsichtiget ist, der eine Rückerstattung in specie nicht ausschließt. **(Art. 641.)** Derartige Verleihungen erfolgen zwar mitunter zu verwerflichen Zwecken (um Kredit zu erschleichen, Ansässigmachungen u. s. w. zu erlangen) der aus bloßer Prahlerei; hierin liegt jedoch kein genügender Grund, sie im Allgemeinen für unzulässig zu erklären, weil denn doch auch Fälle vorkommen, wo in

redlicher Weise eine solche Gebrauchsüberlassung ohne die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, eingegangen wird (Geld zum Deponiren bei Einzeichnungen u. dgl.). Es versteht sich übrigens von selbst, daß bei verbrauchbaren Sachen die Vermuthung für Darlehen spricht.

Der Entwurf spricht nicht (wie andere Gesetzgebungen) von einer Pflicht des Verleihers, dem Entleiher die Sache zu überlassen, weil ja der Vertrag ein Realkontrakt ist, erst mit der Hingabe der Sache geschlossen wird, und ein bloßes Versprechen, eine Sache leihen zu wollen, nur als ein vorbereitender Vertrag nach Maßgabe des Art. 18 des allgemeinen Theiles wirksam ist.

Dagegen bestimmt der **Art. 642**, daß der Verleiher dem Entleiher den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache zu gewähren hat; der Entleiher kann sich daher wegen jeder Störung, welche der Verleiher — selbst oder durch einen Dritten — versucht, an ersteren mit der Kommodatsklage halten. Für Störungen, welche nicht von dem Verleiher sondern von einem Dritten eigenmächtig ausgeübt werden, haftet der erstere nicht; der Entleiher kann dieselben in Folge seines abgeleiteten Besitzrechtes selbst abwehren. Aus der Fassung des Art. 642 ergibt sich auch, daß der Verleiher (vorbehaltlich anderer Uebereinkunft) selbst dann während der Leihzeit dem Entleiher den Gebrauch der Sache nicht entziehen darf, wenn er dieselbe zum eigenen Gebrauche bedürfen würde. Denn es muß hier, wie hinsichtlich der übrigen Pflichten des Verleihers, der Gesichtspunkt maßgebend seyn, daß der Verleiher, sobald der Vertrag einmal geschlossen ist, den Entleiher zu der Ueberzeugung berechtiget hat, er sey nunmehr für das betreffende Gebrauchsbedürfniß gedeckt, ihn somit dadurch abhält, sich auf andere Weise zu versorgen. Derselbe Gesichtspunkt liegt der Bestimmung des **Art. 643** so wie dem **Art. 644** zu Grunde.

Das Verhältniß des Entleihers ist durch den Zweck des Vertrages bestimmt; er hat die Befugnisse, welche nothwendig sind, damit er den ihm überlassenen Gebrauch machen kann, sowie die Pflichten, welche daraus folgen, daß ihm nur der Gebrauch überlassen war. **(Art. 646 Abs. 1, Art. 647.)**

Aus diesem Prinzipe ergiebt sich insbesondere, daß in der Regel der Entleiher die Früchte des Leihgegenstandes nicht behalten darf, es müßte denn das Gegentheil als beabsichtigt erscheinen, was insbesondere dann der Fall seyn wird, wenn sich die Sache ohne Fruchtgenuß nicht gebrauchen läßt. **(Art. 646 Abs. 2.)**

Ebenso ergiebt sich daraus, daß ihm nur die zum Gebrauche nöthigen Auslagen zur Last fallen, **(Art. 648)**, während er hinsichtlich der übrigen als Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt wird.

Welcher Art der zugestandene Gebrauch ist, und in welchen Schranken er sich zu bewegen hat, darüber giebt bei der unentgeltlichen Natur des Vertrages lediglich der Wille des Verleihers Maß, und falls dieser Wille nicht ausdrücklich erklärt ist, kann nach Billigkeit wohl nur die Gestattung desjenigen Gebrauches als beabsichtiget angenommen werden, welchen der Verleiher selbst von der Sache bisher gemacht hat. **(Art. 645 Abs. 2.)** Die Aufstellung anderer Gesetzgebungen,

daß in solchem Falle die Natur des Gegenstandes entscheide, ist geeignet zu offenbaren Härten gegen den Eigenthümer zu führen. Gewiß liegt es nicht in der Intention des Eigenthümers, daß ein Pferd, welches er selbst stets nur zum Spazierenfahren benutzt hat, wenn er es, auch ohne eine bestimmte Gebrauchsart ausdrücklich vorzuschreiben, verliehen hat, zum Ziehen von Lasten verwendet werde, wenn dieses gleich der Beschaffenheit des Pferdes nicht widerspricht.

Die Dauer des Leihvertrages wird dem Begriffe nach sich vor Allem nach dem Zwecke, zu welchem er eingegangen ist, richten, und die Leihe in der Regel nach gemachtem Gebrauche sich endigen **(Art. 650)**; nur erfordert es die Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit des Geschäftes, dem Verleiher nicht nur bei verzögertem wie bei vertragswidrigem Gebrauche **(Art. 651)** schon vor der Endigung des Vertrages, sondern bei der s. g. Bittleihe, für welche die Vermuthung spricht, überhaupt **(Art. 652)** nach seinem Belieben die Aufhebung des Vertrages zu gestatten, auch ihn unter Umständen gegen vorzeitige Rückgabe der Sache zu sichern **(Art. 656)**. Hiebei versteht sich von selbst, daß bei verzögerter Rückgabe und Annahme des Leihgegenstandes die allgemeinen Bestimmungen über den Verzug Platz greifen.

Eine weitere Folgerung aus der Unentgeltlichkeit des Leihvertrages ist, daß für den Verleiher das Motiv regelmäßig in einem Wohlwollen gegen den Entleiher gesucht werden muß; damit ist zugleich die Vermuthung für die Absicht des Verleihers begründet, nur gerade diesem Entleiher die Sache zu überlassen. Wie dieser sein Recht nicht an einen Dritten übertragen kann, so kann er es in der Regel auch nicht vererben. **(Art. 657.)**

Die **Art. 653** und **654** folgen aus der größeren Stärke des Eigenthumsrechtes gegenüber dem blos obligatorischen Verhältnisse und stimmen mit den entsprechenden Vorschriften bei den übrigen ähnlichen Verträgen überein.

Bei der Beschaffenheit des Leihvertrages und der etwa aus dem Geschäfte erwachsenden Nebenansprüche ist es naturgemäß, daß mit Zurückgabe der Sache auch alle gegenseitigen Anforderungen geltend gemacht werden, und in diesem Zeitpunkte oder wenigstens sehr bald darnach auch die Parteien darüber klar seyn müssen. Deshalb setzt der Entwurf **(Art. 655)** eine sechsmonatliche Frist fest, innerhalb welcher etwaige Nachforderungen nicht blos dem Gegner angezeigt, sondern auch erhoben, das heißt gerichtlich eingeklagt seyn müssen.

Dreizehntes Hauptstück.

Hinterlegungsvertrag.

In die Begriffsbestimmung des Hinterlegungsvertrages **(Art. 659.)** wurde (dem Preußischen und Oesterreichischen Rechte folgend) das Merkmal der Unentgeltlichkeit nicht aufgenommen. Allerdings fällt der Vertrag, wenn für die Aufbewahrung eine Vergeltung versprochen wird, nach Umständen mit der Dienstverdingung oder mit ähnlichen unbenannten Verträgen zusammen; aber auch in diesem Falle behält das Rechtsverhältniß seine Eigenthümlichkeiten, und es bedarf nur weniger Ausnahmsbestimmungen (**Art. 661 Abs. 2 u. Art. 676 Abs. 2**), um im Uebrigen beide Arten des Hinterlegungsvertrages gleichen Vorschriften zu unterwerfen. Dieses empfiehlt sich um so mehr, da im gewöhnlichen Verkehre gerade die wichtigsten Depositalgeschäfte gegen Entgelt geschehen in der Art, daß häufig von solchen entgeltlichen Hinterlegungsgeschäften Beruf gemacht wird, und nicht selten sogar gesetzlich ein Entgelt für die Verwahrung zugebilliget ist. In derartigen Fällen spricht die Vermuthung dafür, daß eine Vergütung beabsichtiget wurde, während außerdem dieselben Rücksichten, welche beim Mangel ausdrücklicher Abrede die Unentgeltlichkeit des Mandates begründen, auch die Unentgeltlichkeit des Hinterlegungsvertrages anzunehmen gebieten. **(Art. 660.)**

Im Allgemeinen hängt die Art der Aufbewahrung von den besonderen Verhältnissen und Umständen ab; diesen muß sie angemessen seyn, und die Unterlassung der für den Verwahrer daraus hervorgehenden Pflicht begründet gegen ihn den Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens. Doch haftet er nach dem Entwurfe stets nur für den einfachen Ersatz, indem der Zweck, welchen die römische Rechtsvorschrift hinsichtlich des doppelten Ersatzes für dolose Beschädigungen bei einem Depositum im Falle gemeiner Noth im Auge hatte (vindicandae rei publicae causa l. 1 §. 4 D. 16, 3), jetzt schon durch die Strafandrohungen der Kriminal- und Polizeigesetze erreicht wird.

Hinsichtlich des Grades der von dem Verwahrer anzuwendenden Sorgfalt schließen sich die Bestimmungen des **Art. 661** den in Art. 110 und 111 aufgestellten allgemeinen Grundsätzen an. Jedenfalls also hat derselbe der anvertrauten Sache dieselbe Sorgfalt wie seinen eigenen zu widmen; allein hierauf kann seine Pflicht nicht (wie z. B. das Preußische Landrecht Thl. I Tit. 14 §. 11 und der Hessische Entwurf Art. 323 Abs. 1 wollen) beschränkt seyn. Wer fremden Sachen nicht einmal die Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen widmet, kann sich damit nicht entschuldigen, daß er seine eigenen Sachen ebenso nachlässig behandelt; denn in diesem Falle hätte er die fremde Sache nicht übernehmen sollen. Uebrigens kann die Haftung durch besondere Uebereinkunft unter den Parteien erhöht oder gemindert werden; sie erhöht sich von selbst, wenn der Verwahrer eigenmächtig die ihm vom Hinterleger vorgeschriebene Art der Verwahrung ändert, oder

wenn er mit der Rückgabe zögert, und mindert sich, wenn der Hinterleger mit der Rücknahme säumig ist, nach den Grundsätzen über den Verzug

Dagegen sind die weiteren Fälle des gemeinen Rechtes, in denen der Depositar in erhöhtem Maße haftet, z. B. l. 1 §. 28 Dig. 16, 3. l. 1 §. 35 eod. l. 4 pr. D. 12, 1 nach der Fassung des Entwurfes ausgeschlossen.

Aus den bisher entwickelten Sätzen folgt schon von selbst, daß die Verbindlichkeit des Verwahrers sich nicht so weit erstreckt, daß er in einem Nothfalle verpflichtet wäre, die hinterlegte Sache mit Hintansetzung seiner eigenen, wenn auch weniger werthvollen, zu retten **(Art 662 Abs. 1.)**; nur darf er den Nothfall nicht durch eigenes Verschulden herbeigeführt haben, da er in diesem Falle, zwar nicht in Folge des Hinterlegungsvertrages, aber nach den Vorschriften der Art. 52 ff. einzustehen hat.

Hat der Verwahrer sein Eigenthum geopfert, um die anvertraute Sachen zu retten, so gebührt ihm mit Recht eine Entschädigung **(Art. 662 Abs. 2)**, jedoch nicht über den Werth der geretteten Sache; denn mehr als der Verlust des hinterlegten Gegenstandes hätte auch ohne die Aufopferung des Verwahrers den Hinterleger nicht getroffen.

Hat der Hinterleger den Inhalt des hinterlegten Gegenstandes durch Versiegelung oder sonstigen Verschluß unzugänglich gemacht, so müssen diese Versicherungen von dem Verwahrer heilig gehalten werden und es spricht gegen denselben, sobald sich die Verwahrungsmittel bei der Rückgabe verletzt finden, von vorneherein die Vermuthung, daß ein etwa an den verwahrten Gegenständen entstandener Verlust oder Schaden von ihm verschuldet sey, weshalb er zum Schadensersatz verpflichtet ist. In den meisten Fällen dieser Art ist es für den Hinterleger nicht wohl möglich, einen strikten Beweis des erlittenen Schadens und der Größe desselben zu liefern; ob jedoch hierüber seiner eidlichen Versicherung Glauben beizumessen sey, muß von der Erwägung der Umstände und der Persönlichkeit des Verwahrers abhängig gemacht werden. Soferne der Verwahrer aber nachweist, daß die Verletzung des Schlosses oder Siegels ohne ein von ihm zu vertretendes Verschulden erfolgt sey, müssen diese ihm ungünstigen Verhältnisse sich ändern, und es hat daher in solchem Falle der Hinterleger vor Allem zu beweisen, daß der ihm zugefügte Schaden durch ein nach Maßgabe des Art. 661 von dem Verwahrer zu vertretendes Versehen verursacht sey und überdieß diesen Schaden in gewöhnlicher Weise darzuthun.

Nach der Bestimmung des Art. 659 bildet die Aufbewahrung der hinterlegten Sache ausschließlich den Gegenstand des Vertrages; durch weitere Obliegenheiten, welche der Verwahrer übernimmt, wird derselbe zum Mandat, durch weitere Rechte, welche der Hinterleger gestattet, insbesondere wenn er dem Verwahrer den ihm nach der Natur des Vertrages verbotenen **(Art. 664 Abs. 1)** Gebrauch der hinterlegten Sache einräumt, nach der Beschaffenheit dieser Sache zum Darlehen oder zum Leihvertrag **(Art. 665)**, und der Entwurf hat das depositum irregulare des gemeinen Rechtes nicht aufgenommen, weil sich ein legislatives Bedürfniß hiefür nicht erkennen ließ. Aus diesen Sätzen

folgt, daß der Verwahrer, wenn er sich ohne Zustimmung des Hinterlegers erlaubt, die Sache selbst zu gebrauchen oder die vorgeschriebene Art der Verwahrung zu ändern, für allen durch diese Vertragsverletzung verursachten Schaden zu haften und für den angemaßten Gebrauch der Sache Vergütung zu leisten hat. **(Art. 664.)** Insbesondere legt der Entwurf dem Verwahrer, welcher eigenmächtig eine in Verwahrung gegebene Geldsumme in seinen Nutzen verwendet, als Aequivalent dieser Benutzung die Entrichtung von Zinsen auf, und setzt als Anfangspunkt der Verzinsung den Augenblick der Hinterlegung fest, sofern der Verwahrer nicht nachweist, daß die Verwendung erst später stattgefunden habe. Diese Strenge beruht auf der Betrachtung, daß die Thatsache der Verwendung dem Hinterleger fremd ist und in der Regel verheimlicht wird, daß ihm daher nicht wohl die Beweislast über jenen Zeitpunkt zugemuthet werden kann, während der untreue Verwahrer hinsichtlich der Beurtheilung seiner Handlung keine Rücksicht verdient.

Aus der Begriffsbestimmung des Art. 659 und der in Art. 661 festgesetzten Verpflichtung des Verwahrers folgt, daß er die ihm anvertraute Sache selbst in Verwahr halten muß **(Art. 666)**, weil der Hinterleger bei Eingehung des Vertrages in der Regel von dem besondern Vertrauen zu der Person des Verwahrers geleitet wird. Verletzt er diese Pflicht durch Ueberlassung der Verwahrung an einen Dritten, so haftet er für allen Schaden, selbst wenn er sich bei der Auswahl des Dritten keine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der eingetretene Schaden aus Anlaß der Vertragswidrigkeit entstanden sey. Der Verwahrer wäre daher von der Haftung befreit, wenn er nachweisen könnte, daß der Schaden die Sache auch bei ihm betroffen hätte. Gleiches muß gelten, wenn er durch einen Nothstand zur Hinweggabe der Sache gezwungen gewesen, denn es kann ihm weder eine Unmöglichkeit noch ein Opfer welches die Grenzen des Vertrages überschreitet, zugemuthet werden. Hat der Hinterleger seine Ermächtigung, — sey es in einem speziellen Falle oder allgemein, — dazu ertheilt, daß der Verwahrer die Sache einem Dritten in Verwahr geben dürfe, so hängt die Haftung des Verwahrers davon ab, ob der Hinterleger die Person des Dritten bezeichnet hat oder nicht. Im ersten Falle ist der Verwahrer von aller Haftung frei, selbst wenn er die Unzuverlässigkeit des Dritten gekannt hätte, da aus dem Hinterlegungsvertrage allein eine Pflicht zur Fürsorge für des Hinterlegers Angelegenheiten nicht hervorgeht. — Im andern Falle haftet der Verwahrer für diejenige Sorgfalt, die er in Folge des Hinterlegungsvertrages zu gewähren hat, auch hinsichtlich der Auswahl der Person des Afterdepositars, **(Art. 666 Abs. 2)**, weil diese Auswahl nunmehr an die Stelle seiner Verwahrungspflicht tritt und daher ein Bestandtheil des Hinterlegungsvertrages selbst wird. Soweit demnach in einem solchen Falle der Hinterleger mit der ihm gemäß Art. 666 Abs. 1 zustehenden Klage gegen den Dritten seine volle Befriedigung nicht erhält, haftet ihm der ursprüngliche Verwahrer. Der Entwurf stellt übrigens in allen Fällen dem ursprünglichen Hinterleger frei, gegen den Afterdepositar unmittelbar zu klagen, und verläßt den im gemeinen Rechte üblichen Umweg einer Forderung auf Cession als unnöthig.

Die Dauer des durch den Hinterlegungsvertrag begründeten Rechtsverhältnisses hängt, da der Vertrag nur im Interesse des Hinterlegers geschlossen zu werden pflegt, in der Regel von dessen Belieben ab. **(Art. 668.)** Selbst wenn die Verwahrungszeit vertragsmäßig festgesetzt war, soll dadurch nur das im Allgemeinen auch dem Verwahrer zustehende Recht zur beliebigen Auflösung des Vertrages ausgeschlossen, keineswegs aber der Deponent beschränkt werden. Die Billigkeit erfordert aber hier, daß der Verwahrer nicht durch die verfrühte Rücknahme des Hinterlegers die Vergütung verliere, welche ihm etwa durch den Vertrag zugesichert ist **(Art. 676 Abs. 2)**, und daß der Verwahrer, dessen Interesse der Vertrag gar nicht bezweckt, nicht zu eigenem Schaden und Gefahr die Sache behalten müsse. **(Art. 667 Abs. 2.)**

Mit der Endigung des Verwahrungsverhältnisses ist die Pflicht des Verwahrers begründet, die empfangene Sache zurückzugeben **(Art. 669)**, und zwar mit den Zubehörungen und Früchten, welche sich in seinen Händen befinden. — Kann dies nicht geschehen, weil er durch höhere Macht zur Entäußerung der Sache gegen Entgelt genöthiget war, oder weil etwa der Erbe des Verwahrers in gutem Glauben dieselbe veräußert hat, so muß statt der Sache ihr Surrogat geleistet werden, — Folgesätze, die sich im Hinblick auf Art. 124 Abs. 2 von selbst verstehen, und daher nicht ausdrücklich im Entwurfe aufgeführt sind. Ebenso versteht es sich von selbst, daß Früchte, die sich nicht aufbewahren lassen, von dem Verwahrer nicht in Natur herauszugeben sind.

An dem Orte, wo die Verwahrung vertragsmäßig stattfand, hat — in Ermangelung anderer Uebereinkunft — auch die Rückgabe zu geschehen und zwar auf Kosten des Hinterlegers, da der Vertrag dessen Interesse bezweckt.

An wen die hinterlegte Sache zurückzuerstatten ist, ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes. Hat Jemand die Sache in eigenem Namen hinterlegt, so hat die Rückgabe an ihn selbst oder an seinen legitimirten Stellvertreter zu geschehen. **(Art. 671.)** Letzteres ist, wenn inzwischen der Hinterleger entmündiget wurde, der gesetzliche Vertreter **(Art. 672)**; ist der Hinterleger verstorben, so gehen seine Rechte, wie sich von selbst versteht, auch hier auf seine Erben über, wobei nach der allgemeinen Regel des Erbrechtes zu ermessen ist, ob dieselben nur insgesammt oder auch pro rata die Rückgabe fordern können.

Haben Mehrere die Sache hinterlegt, so kann nach der anzunehmenden Intention bei solchen Geschäften nicht jedem Einzelnen ein theilweises Rücknahmsrecht zugesprochen werden; auch darf die Rückgabe nicht an einen Einzelnen erfolgen, wenn er nicht als Bevollmächtigter erscheint. **(Art. 673.)**

Hat Jemand die Sache im Namen eines Andern hinterlegt, so ist zu unterscheiden, ob der Hinterlegende als der gesetzliche Vertreter gehandelt hat oder nicht. Ersteren Falles findet die Rückgabe auch an ihn wieder statt, wenn nicht inzwischen die gesetzliche Vertretung geendiget ist, andernfalls aber kann sie nur an denjenigen geschehen, in dessen Namen deponirt ist. Verschieden hievon ist der Fall, daß Jemand, der im eigenen Namen hinterlegt, einen Dritten als denjeni-

gen bezeichnet, an welchen die Rückgabe zu geschehen hat. Hiefür sind die allgemeinen Grundsätze über den Zahlungsempfänger maßgebend.

In dem Falle, daß eine Sache Mehreren gemeinschaftlich zur Aufbewahrung übergeben ist, würde es dem Geiste dieses Vertrages widersprechen und das Interesse des Hinterlegers wesentlich gefährden, wenn er gegen jeden derselben nur einen theilweisen Anspruch erheben könnte, sollte auch die Sache an sich theilbar seyn. Es wird daher selbst für diesen Fall angenommen, daß die Verwahrer sich der solidarischen Haftung unterworfen haben. **(Art. 674.)**

Der Verwahrer hat Anspruch auf Entschädigung, wenn ihm bei der Vertragserfüllung durch Verschulden des Hinterlegers ein Nachtheil zuging, namentlich durch schädliche oder gefährliche Eigenschaften der Sache, vor welchen ihn der Hinterleger zu warnen versäumte. **(Art. 675 Abs. 2.)** Ebenso folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Verwahrer Verwendungen, welche er mit Zustimmung des Hinterlegers auf die Sache gemacht hat, ersetzt erhalten muß. Die Billigkeit erfordert aber, daß dem Verwahrer auch dasjenige ersetzt werde, was zwar ohne Zustimmung des Hinterlegers verwendet wurde, aber zur Verwahrung und Erhaltung der Sache nothwendig war. **(Art. 675 Abs. 1.)**

Für die dem Verwahrer begründeten Ansprüche wird diesem **(Art. 677)** das Retentionsrecht zugesprochen, indem, wenn auch im Allgemeinen die Verweigerung der Rückgabe einer anvertrauten Sache als Treubruch erscheint, doch ein solcher Vorwurf demjenigen nicht gemacht werden kann, welcher so zu sagen eigenes Vermögen an der Sache mithaften hat. Andere, diesem Verhältnisse fremde Ansprüche an den Hinterleger müssen dagegen von jenem Retentionsanspruche ausgeschlossen bleiben, und selbst die aus dem Aufbewahrungsverhältnisse entnommenen Ansprüche dürfen nicht ohne Unterschied zur Verweigerung der Herausgabe zugelassen werden, weil sie leicht nur als Vorwand mißbraucht werden könnten.

Es werden daher die Beschränkungen des Art. 185 über die Zulässigkeit der Aufrechnung auch auf dieses analoge Verhältniß anwendbar erklärt. —

Nach der Bestimmung des Art. 659 braucht der Hinterleger nicht Eigenthümer der deponirten Sache zu seyn, der Verwahrer kann es nicht seyn. Weil nun auch eine fremde Sache deponirt werden kann, darf der Verwahrer seine Pflicht zur Rückgabe nicht durch die Behauptung ablehnen, daß ein Dritter Eigenthümer der Sache sey. Dagegen schließt der Begriff des Eigenthums das Verhältniß eines bloßen Verwahrers der eigenen Sache aus, daher muß mit dem Beweis, daß der Verwahrer selbst Eigenthümer der hinterlegten Sache ist, der Hinterlegungsvertrag zusammenfallen, gleichviel ob der Depositar das Eigenthum von dem Deponenten selbst oder von einem Dritten und ob er es vor oder nach dem Hinterlegungsvertrage erworben hat. Damit jedoch mit dem Vorwande des Eigenthums nicht Mißbrauch getrieben werde, verlangt der Entwurf die sofortige liquide Nachweisung des behaupteten Eigenthums, und gestattet zur Sicherung offenbarer Rechte Dritter in bestimmten Fällen die Hinterlegung der Sache bei Gericht. In allen diesen Fällen finden, wie **Art. 678** festsetzt, die Vorschriften des Art. 431 über den Miethvertrag Anwendung.

Dieselben Erwägungen wie beim Leihvertrage rechtfertigen auch beim Hinterlegungsvertrage die Bestimmung, daß nach geendigtem Verwahrungsverhältnisse etwaige Ansprüche aus demselben an eine kurze Verjährungsfrist gebunden sind.

Haftung der Wirthe.

Es ist in den meisten Gesetzgebungen angenommen, daß die Haftung eine gesteigerte wird, wenn einem Wirthe oder andern derartigen Personen Sachen in Verwahr gegeben werden. Der Entwurf schließt sich diesem bestehenden Rechte an; denn wenn auch in gewöhnlichen Verhältnissen, — wo es der Vorsicht und Auswahl eines Jeden überlassen ist, wem er seine Sache anvertrauen will und wo es daher ihm obliegt, einen Würdigen zu wählen, — die in den vorhergehenden Artikeln festgesetzte Haftpflicht hinreichende Sicherheit darbietet, so verhält es sich ganz anders, wenn der Hinterleger außer Stande ist, nach eigenem Ermessen seine Vorsichtsmaßregeln zu treffen, wenn er gezwungen ist, demjenigen, der ihn beherbergt, und dessen Leuten sein Eigenthum anzuvertrauen.

Der Entwurf beschränkt sich auf die Wirthe, weil die Verpflichtungen der Schiffer, Fuhrleute u. s. w. theils zum Handelsrechte gehören, theils in den besonderen Verordnungen über Posten und Eisenbahnen ꝛc. bestimmt sind, theils endlich, soweit Personentransport durch Private in Frage kommt, weil eine so gesteigerte Ausdehnung der Haftbarkeit der Unternehmer unbillig erscheint; denn ihnen stehen die Mittel zur Obsorge über die Effekten der Reisenden bei Weitem nicht in dem Maße zu Gebote, wie Gastwirthen. Der Entwurf verpflichtet zu der gesteigerten Haftbarkeit auch nur jene Wirthe, welche aus der Aufnahme von Reisenden ein Gewerbe machen, nicht die Besitzer von bloßen Speisewirthschaften, Weinschenken, Bier- und Kaffeehäusern; denn der gewöhnliche Verkehr in diesen Lokalen wechselt so rasch, daß eine derartige Verpflichtung für den Wirth allzu lästig wäre, und die Sitte hat längst die Gäste solcher Anstalten gewöhnt, die mitgebrachten Kleider und Effekten selbst zu bewahren. Uebernimmt sie der Wirth ausnahmsweise in Verwahr, so haftet er vertragsmäßig als Depositar. In der Beschränkung der gesetzlichen Bestimmung auf die Sicherstellung von Reisenden liegt es ferner, daß, wenn ein Wirth einen Freund bei sich aufnimmt, oder wenn eine eigentliche Vermiethung eintritt, die **Art. 679 bis 681** keine Anwendung finden.

Zur Begründung der Haftung des Wirthes wird erfordert, daß die Effekten ihm selbst oder seinen Dienstleuten übergeben oder an den von ihnen bezeichneten Orten untergebracht worden seyen. **(Art. 679.)** Hätte der Reisende dieselben, ohne den Wirth oder die Dienerschaft davon in Kenntniß zu setzen, an einem dazu nicht bestimmten Platze eingestellt, so könnte den Wirth kein Vorwurf und keine Verantwortlichkeit treffen, wenn sie dort wegkommen. Einer besonderen ausdrücklichen Verabredung bedarf es dagegen bei der Aufnahme der Effekten nicht; häufig ist der Reisende dabei nicht einmal zugegen; es genügt, daß er seine Absicht, in dem Hause einzukehren, thatsächlich kundgebe, und es ist daher die Haftpflicht begründet, wenn, wie dies im Verkehr üblich ist, die Dienstleute des Wirthes Effekten

an sich nehmen, indem sie dieselben von der Eisenbahn weg auf den Omnibus laden, von dem ankommenden Wagen herab in den Hausgang stellen u. dgl., ebenso haftet der Wirth für Pferde, die in den Stall, für Wägen, die in die Remise gebracht wurden. Er haftet nach der Fassung des Art. 679 in diesem Falle auch für Sachen, die in dem Wagen belassen wurden, wenn er nicht ausdrücklich deren Abladung verlangt hat.

Die hier normirte Haftpflicht kann durch anderweitige Uebereinkunft modifizirt werden; es versteht sich aber von selbst, daß der Wirth sich derselben durch eine einseitige Erklärung an den Reisenden, z. B. durch einen Anschlag in den Zimmern, nicht entheben kann, es würde dazu vielmehr die ausdrückliche Einwilligung des Reisenden erforderlich seyn, und im Falle der Weigerung bliebe dem Wirthe überlassen, den Reisenden abzuweisen. Auch die bloße Uebergabe der Schlüssel an den Reisenden hebt die Haftpflicht des Wirthes nicht auf. Die Ausnahmen, welche **Art. 679 Abs. 2** von der Haftpflicht der Wirthe aufstellt, rechtfertigen sich sämmtlich von selbst.

Insbesondere kann der Wirth nicht für dasjenige einzustehen verpflichtet seyn, was dem Gaste durch eigene Schuld zustößt und dahin gehört nicht nur die Beschädigung durch Personen, deren Handlungen der Gast zu vertreten hat, sondern auch der Verderb der Sachen, welcher durch die Beschaffenheit dieser selbst hervorgerufen wird.

Was ferner die Bestimmung des **Art. 680** betrifft, so ist der Reisende zwar an sich nicht verpflichtet, sein Zimmer stets versperrt zu halten, ist aber eine bestimmte Anordnung getroffen, daß die Zimmer beim Verlassen derselben oder auch Nachts nicht offen bleiben sollen und an wen der Zimmerschlüssel, wenn ihn der Gast nicht behalten will, abgegeben werden muß, so ist der Gast, wenn er diese Anordnungen nicht beobachtet, in Schuld und kann keinen Ersatz fordern, wenn er nicht nachzuweisen vermag, daß der Wirth selbst oder dessen Angehörige die Beschädigung veranlaßt haben.

Hinsichtlich des Geldes, der Werthpapiere und Pretiosen hat die Verkehrssitte besondere, die Haftung des Wirths bedingende Vorsichtsmaßnahmen eingeführt. Diese sind im Art. 680 gutgeheißen, jedoch unter Beifügung der zur Vermeidung einer Täuschung oder der Unwissenheit der Reisenden erforderlichen Anordnungen.

Die Haftung des Wirthes erlischt mit der Abreise des Gastes **(Art. 681.)** Als Abreise kann es natürlich nicht angesehen werden, wenn der Gast zwar sich entfernt, aber nur um etwa kleinere Excursionen zu machen und dabei sein Zimmer fortbehält; bei einer wirklichen Aufhebung der Beherbergung aber würde eine Fortsetzung der gesteigerten Haftung für die etwa — wenn auch mit Vorwissen des Wirthes — zurückgelassenen Effekten eine Unbilligkeit enthalten; vielmehr erscheint, soferne nicht eine andere Uebereinkunft in Mitte liegt, der Wirth als gewöhnlicher Depositar der ihm unter solchen Verhältnissen anvertrauten Sachen.

Vierzehntes Hauptstück.

Sequestration.

Die Uebergabe einer Sache an einen Dritten kann als ein Mittel gebraucht werden, streitige oder sonst noch nicht realisirbare Ansprüche daran zu sichern, während eines Streites Gewaltthätigkeiten, absichtliche Verschlechterungen des streitigen Gegenstandes u. s. w. zu verhindern. Diesem Verhältnisse liegt in den meisten Fällen ein Verwahrungsvertrag zu Grunde; dasselbe bedarf indessen einiger speziellen Verfügungen, sowohl in Hinsicht auf seinen eigenthümlichen Zweck als auch deshalb, weil dasselbe auch unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben kann. Der Entwurf hat daher diesem Vertrage ein eigenes Hauptstück gewidmet.

Es bedarf aber nur weniger Bestimmungen, indem die nähere Ausführung der Fälle, in welchen die Sequestration, insbesondere die gerichtliche, einzutreten hat, dem Prozeßrechte angehört, und die Verpflichtungen des Sequesters, je nachdem das Rechtsverhältniß sich als Hinterlegungs-, Vollmachts- oder Miethvertrag darstellt, auch nach den hiefür geltenden Bestimmungen zu beurtheilen ist. **(Art. 684.)**

Besondere Verfügungen erfordert das Rückforderungsrecht bei solchen Sachen, welche in Rücksicht auf einen Rechtsstreit sequestrirt sind. Hierüber sind im **Art. 683** genauere Vorschriften gegeben, wie solche aus der Natur der Sequestration und der Intention, in welcher eine solche Maßregel vorgekehrt wird, hervorgehen.

Die Sequestration unbeweglicher Sachen fällt nicht unter den Begriff des Hinterlegungsvertrages; die für diesen gegebenen Vorschriften passen indessen zum großen Theile auch hieher und sind deßhalb im **Art. 684 Abs. 3** für anwendbar erklärt.

Fünfzehntes Hauptstück.

Auftragsvertrag.

Der Auftrag kann eine zweifache Richtung haben: er kann die Ausführung einer Handlung, die Ausrichtung eines Geschäftes, auf die Verantwortung des Auftraggebers hin durch den Beauftragten bezwecken, wobei der letztere Namens des Auftraggebers mit einem Dritten in eine rechtliche Berührung nicht kömmt. Es kann aber auch die Vertretung des Auftraggebers im Verkehre mit Dritten, somit die Eingehung von Rechtsgeschäften mit diesen, Namens und ebenfalls unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers, bezweckt seyn. In der letzten Richtung wird das Mandat vorzugsweise als Bevollmächtigungs-Vertrag bezeichnet, und dadurch das Verhältniß der freiwilligen Stellvertretung (vgl. Thl. I. Art.

32) bei Rechtsgeschäften begründet. Die Bestimmungen des Entwurfs sollen diese beiden Richtungen des Mandats umfassen; daher wurde der Begriffsbestimmung im **Art. 685** eine möglichst allgemeine Fassung gegeben.

Die Unvergeltlichkeit der Geschäftsausrichtung ist kein wesentliches Merkmal des Mandats, war daher in die Begriffsbestimmung nicht aufzunehmen. Weder eine ausdrückliche Zusage einer Vergeltung noch eine stillschweigende, vermöge einer auf Gesetz, Verordnung oder Ortsgebrauch beruhenden Zubilligung, hebt im Allgemeinen das Wesen des Mandats auf. **(Art. 688.)** — Im Zusammenhange mit dieser Auffassung steht die Bestimmung des Art. 508, wonach die Grundsätze über den Auftragsvertrag auch dann maßgeben sollen, wenn der Diener in Folge seines Dienstverhältnisses ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten für den Dienstherrn abzuschließen hat. Zur Vornahme des Geschäfts und zwar unter Anwendung gehöriger Sorgfalt ist der Diener durch das Dienstverhältniß verpflichtet; die aus der Vornahme dieses Geschäftes entspringenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Diener und dem Dritten, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, sowie zwischen letzterem und dem Dienstherrn sind aber einfach nach den Grundsätzen des Mandats zu beurtheilen.

Daß das aufgetragene Geschäft ein erlaubtes seyn müsse, versteht sich nach den bereits aufgestellten allgemeinen Grundsätzen von selbst; daß es ferner ein künftiges seyn müsse, liegt schon in der Begriffsbestimmung. — Das aufgetragene Geschäft kann entweder lediglich im Interesse des Auftraggebers oder auch in jenem eines Dritten liegen, welches der Auftraggeber mittelbar zu dem seinigen macht. Der Umstand, daß der Beauftragte selbst an dem aufgetragenen Geschäfte, — ohne Unterschied, ob solches zunächst im Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten liegt, — auch ein eigenes Interesse habe, kann an dem Wesen des Auftragsvertrages nichts ändern. Nur dann, wenn es an einem Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten gänzlich fehlt und das aufgetragene Geschäft ausschließlich im Interesse des Beauftragten selbst liegt, bedarf es für den letzteren, der sein eigenes Geschäft besorgt, keines Auftrages. Derselbe kann daher nur als ein Rath in Betracht kommen, welcher in der Regel ein gegenseitig verpflichtendes Rechtsverhältniß nicht begründet. **(Art. 686).** Bei der Aufstellung der Ausnahmen hievon, — im Falle einer bei der Rathertheilung unterlaufenen Unredlichkeit — vermeidet der Entwurf die irrige Lehre, daß der Rathende zum Schadensersatze auch dann verpflichtet sei, wenn der Berathene nur nachweist, daß er ohne den gegebenen Rath die Schaden bringende Handlung nicht vorgenommen haben würde. Eine weitere Ausnahme von der Regel, daß der Rathende für die Nachtheile nicht einzustehen habe, welche der Berathene durch die Befolgung des Rathes erleidet, ist ferner in dem Falle gerechtfertiget, wenn autorisirte Kunst- und Sachverständige (wie z. B. Anwälte, Aerzte) die ihnen durch ihr Pflichtverhältniß gebotene besondere Sorgfalt bei Ertheilung eines Rathes verabsäumt haben, indem hierin eine Verletzung des Vertrauens der auf sie vermöge ihrer öffentlichen Stellung angewiesenen Rathsuchenden liegt.

(Art. 687.)

Die Perfektion des Auftragsvertrages durch Uebernahme des Auftrages von Seite des Beauftragten kann ausdrücklich, wie auch stillschweigend — durch konkludente Handlungen, selbst durch Unterlassungen — bewirkt werden. In der letztern Beziehung hebt der **Art. 689,** dem praktischen Bedürfnisse entsprechend, den gangbarsten Fall dieser Art hervor.

Der Umfang des Auftrages bestimmt sich durch die ausdrückliche vertragsmäßige Bezeichnung, und insoweit diese fehlt, durch die Natur des aufgetragenen Geschäftes **(Art. 690 Abs. 1).** Der Entwurf hat sich hier der gemeinrechtlichen Aufstellung, daß die auf die Verwaltung des ganzen Vermögens unbeschränkt gerichtete Vollmacht auch die Befugniß zu Veräußerungen, lediglich mit Ausnahme der Schenkungen, stillschweigend in sich fasse, nicht angeschlossen. Einerseits liegt dafür kein Bedürfniß vor, andererseits würde eine Beschränkung dieser ihrer Tragweite nach immerhin bedenklichen Aufstellung die praktische Bedeutung derselben wieder aufheben. Das Gesetz kann von dem Vollmachtgeber selbst dann, wenn er die Verwaltung seines ganzen Vermögens unbedingt in die Hände seines Vertrauensmannes legt, füglich fordern, daß er alle Veränderungen der Vermögenssubstanz ins Auge fasse, welche durch die Umstände veranlaßt sein können, und daß er hierüber bei der Vollmachtsertheilung besondere Verfügung treffe. Fehlt es an der letzteren, so ist keine Gewißheit für eine reifliche Erwägung des Mandanten namentlich darüber gegeben, ob er alle in dieser Richtung möglichen Rechtsakte seines Mandatars schlechthin in den Umkreis seiner Ermächtigung habe ziehen wollen und die Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung hiezu, welche lediglich aus der unbeschränkten Allgemeinheit der Vollmacht gefolgert wird, entbehrt der inneren Rechtfertigung. Wollte man aber den Ausweg versuchen, daß man die Veräußerungshandlungen des procurator omnium bonorum als auftragsgemäß nur unter der Voraussetzung erklärt, daß dieselben der aus den Umständen sich ergebenden Intention des Mandanten entsprechen oder sich als relativ nützlich darstellen, so würde nicht nur der behauptete praktische Werth der Annahme des Institutes einer allgemeinen Ermächtigung zur Verwaltung des ganzen Vermögens vernichtet, sondern auch eine Quelle mehrfacher Unsicherheiten und Streitigkeiten geöffnet werden.

Es kann nicht wohl bezweifelt werden, daß die im **Art. 690 Abs. 2** bezeichneten Rechtsakte von solcher Wichtigkeit seyen, daß sie in allen Fällen einer nur allgemeinen Vollmachtsertheilung doch immer eine besondere Ermächtigung des Mandanten erfordern. Die gewöhnlichen weitern Unterscheidungen bei der Vollmacht, je nachdem alle Geschäfte einer Gattung insgesammt, oder nur einzelne derselben Gattung in deren Umkreis gezogen werden (Universal- und Partikular-Vollmacht), sind überflüssig, indem der Entwurf die Wirkung aller allgemein gehaltenen Mandate dadurch abgrenzt, daß er die Rechtsakte, welche eine Spezialvollmacht erfordern, möglichst allgemein ihrer juristischen Wesenheit nach bezeichnet. — Zu den Handlungen, welche außerhalb der Tragweite der Generalvollmacht liegen, wurde (vergl. Art. 691 Abs. 2) auch die Substitutionsbefugniß gestellt, was einer Rechtfertigung nicht bedarf; von der Empfangnahme von Zahlungen für den Mandanten aber wurde Umgang genommen, weil hier

eine grundsätzliche Aufstellung bedenklich erscheint. Es kann nämlich die Empfangnahme von Zahlungen und folgeweise die Entlastung des Schuldners des Mandanten durch den Mandatar schon vermöge der Natur des aufgetragenen Geschäftes als ein nothwendiges Mittel der Vollziehung des Auftrages erscheinen, so daß der Mangel der besonderen Ermächtigung hiezu unerheblich erscheint, wogegen in anderen Fällen die Vollziehung des Auftrages auch ohne diese Handlung des Mandatars wohl geschehen kann. Daher bleibt es immerhin eine faktische Frage, ob nach der Natur des aufgetragenen Geschäftes (vergl. Art. 690 Abs. 1) dieser Rechtsakt ein Spezialmandat erfordere. Endlich stellte sich auch die gewöhnliche Unterscheidung zwischen bestimmter und unbestimmter Vollmacht, bei welcher letzteren der Vollzug dem besten Wissen und Gewissen des Mandatars überlassen wird, im Hinblicke auf die Bestimmung des Art. 690 Abs. 1 und des nachfolgenden Art. 691 Abs. 2 als bedeutungslos dar.

Die **Art. 691 bis 697** treffen Bestimmungen über die Verpflichtungen des Beauftragten und über die aus denselben folgenden Ansprüche des Auftraggebers. Dieselben bedürfen, da hier nur allseitig anerkannte Rechtssätze aufgestellt sind, keiner besonderen Rechtfertigung. Die Art. 695, 696 insbesondere behandeln die Fälle einer zulässigen und einer unzulässigen Substitution. In dem letzteren Falle stellt es der Art. 696 Abs. 2 mit in die Wahl des Mandanten, ob er seine Ansprüche gegen den Beauftragten aus dem durch die unbefugte Substitution überschrittenen Mandate verfolgen oder den Substituten, welcher zu ihm in dem Verhältnisse der Geschäftsführung ohne Auftrag steht, unbeschadet seines Rückgriffes gegen den Mandatar belangen will. Durch diese Bestimmung wird nach den Umständen die Verfolgung der Rechte des Mandanten wesentlich gefördert.

Die **Art. 698, 699** wenden sich zu den Verpflichtungen des Auftraggebers und bedürfen aus dem oben angeführten auch hier zutreffenden Grunde einer besonderen Rechtfertigung gleichfalls nicht. Der **Art. 700** stellt das Prinzip zur Entscheidung jener Fälle auf, in welchen trotz einer Ueberschreitung der Grenzen des Mandats der Mandant gleichwohl zur Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeiten verpflichtet ist. Solche Fälle setzen immerhin eine Identität des aufgetragenen Geschäftes mit dem ausgeführten seiner Wesenheit nach voraus, und beziehen sich meist auf quantitative Ueberschreitungen oder auf solche in Nebenpunkten, welche durch den Mandatar ohne Nachtheil für den Mandanten ausgeglichen werden können. Die Zurückführung der Auftragsüberschreitung auf die Grenzen des Mandats kann aber auf verschiedene Weise bewirkt werden. Der Mandatar kann z. B. aus eigenen Mitteln das an dem auftragsgemäßen Veräußerungspreise Fehlende beilegen oder das Mehr des überschrittenen Erwerbspreises wie auch andere lästige Nebenbedingungen auf sich nehmen. Aber auch ohne dieses Eintreten des Mandatars gegenüber dem Dritten kann dieser selbst das Geschäft gegen den Auftraggeber trotz der Ueberschreitung des Auftrages von Seite des Mandatars geltend machen, wenn er seine Ansprüche lediglich innerhalb der vom Mandanten vorgezeichneten Grenze verfolgt. Hiedurch wird dem Mandanten der Vorwand benommen, ein Geschäft, welches ihn später reut, hinterdrein abzulehnen,

dem Dritten aber bleiben für den Betrag der Mandatsüberschreitung gegen den Beauftragten seine Rechtsansprüche vorbehalten (vergl. Art. 710).

Ob und in wieweit der Mandatar eine Vergeltung für Vollziehung des Auftrages ansprechen könne, ist, abgesehen von einer besonderen Verabredung, nach dem Gegenstande des Auftrages zu entscheiden. Die Unvergeltlichkeit ist nur dann zu vermuthen, wenn der Gegenstand der Geschäftsausrichtung kein solcher ist, für welchen gewöhnlich eine Mühevergütung gegeben wird oder durch Gesetz, Verordnung oder Ortsgebrauch zugebilliget ist. Deßhalb verweist der **Art. 701**, welcher mit dieser Frage sich befaßt, vorerst auf den gemäß Art. 509 auch auf den Honorardienstvertrag anwendbaren Art. 485 von der Dienstverdingung. Ist nach dieser hier analog zur Anwendung kommenden Bestimmung das Mandat als gegen Vergeltung übernommen zu betrachten, so müssen, falls der Auftraggeber die Geschäftsausrichtung hindert oder nicht annehmen will oder kann, die Bestimmungen des Art. 498, — falls aber der Beauftragte aus Schuld oder aus einem in seiner eigenen Person eingetretenen Zufall die Geschäftsausrichtung nicht bewirkt, jene des Art. 499 von der Dienstverdingung zur Anwendung kommen.

Im **Art. 702** wendet sich der Entwurf speziell zu den Mäklern und Unterhändlern, um den bei diesen Mandataren so häufig vorkommenden Uebervortheilungen der Prinzipale entgegenzutreten. Vorerst erscheint es in dieser Richtung geboten, die Klagbarkeit der Forderung auf die Mühevergütung durch das Zustandekommen des aufgetragenen Geschäftes infolge der Vermittlung des Mäklers zu bedingen, wenn nicht die Entrichtung des Mäklerlohnes ausdrücklich auch ohne den Eintritt dieses Erfolges stipulirt ist. Hieran knüpft sich die Bestimmung, daß der Mäklerlohn nur von Demjenigen, welcher zur Vermittlung des Geschäftes Auftrag gegeben hat, nicht aber auch zugleich von Jenem, welcher das Rechtsgeschäft durch Vermittlung des Beauftragten mit dem Auftraggeber abschließt, gefordert werden könne. Ist von ihm an den Mäkler gleichfalls eine Mäklergebühr bezahlt worden, so kann dieselbe, nach Gestalt der Umstände, auch zurückgefordert werden. — Bei Mäklern treffen oft Aufträge von beiden Theilen für ein und dasselbe Geschäft zusammen. Die Mühewaltung des Mäklers ist dann auf die Vereinbarung der Vertragspunkte im gegenseitigen Interesse der beiden Auftraggeber beschränkt. Demungeachtet kann unter Umständen diese Mühewaltung nicht unbedeutend und auch je nach dem Interesse des einen oder anderen Theiles eine verschiedene seyn. Hienach erscheint es bedenklich, wegen des zufälligen Zusammentreffens solcher Aufträge bei dem Mäkler, die volle Rechtsbeständigkeit der von jedem der beiden Theile ausgegangenen ausdrücklichen Zusicherung eines Mäklerlohnes bezüglich des Anspruches des Mäklers auf den vollen Betrag allgemein in Frage zu stellen. Der Entwurf beschränkt sich darauf, für den Fall, daß für die Vermittlung von gewissen Geschäften entweder obrigkeitlich oder vermöge Ortsgebrauchs eine bestimmte Gebühr festgesetzt ist, zu verfügen, daß dieselbe unter allen Umständen nur einmal und zwar von jedem der Theile zur Hälfte gefordert werden könne. **(Art. 699.)**

Außer der allseitig anerkannten Haftung des Mandanten für den Schaden,

welchen der Mandatar in Ausführung des Geschäftes infolge eines Verschuldens des Mandanten (wenn auch nur eines geringen) erleidet, läßt der Entwurf nach dem schon bei der Dienstverdingung (vergl. Art. 493) aufgestellten Prinzipe den Mandanten auch für den Schaden haften, welcher den Mandatar bei Ausführung des Geschäftes infolge einer vom Auftraggeber vorausgesehenen besonderen Gefahr trifft, wobei es darauf nicht ankommt, ob das Geschäft gegen oder ohne Entgelt übernommen wurde. **(Art. 703.)**

Für die dem Auftraggeber nach den vorhergehenden Bestimmungen obliegenden Verpflichtungen müssen endlich die Mehreren, welche in einer gemeinsamen Angelegenheit einen Bevollmächtigten bestellt haben, wegen der Identität und Ungetheiltheit des aufgetragenen Geschäftes, sammtverbindlich haften. **(Art. 704.)**

In den **Art. 705—709** wendet sich der Entwurf zu der Frage, inwieferne das von dem Bevollmächtigten mit einem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft Rechte und Verpflichtungen zwischen dem Dritten und dem Mandanten oder nur gegenüber dem Bevollmächtigten erzeuge. In dem **Art. 705** ist der allgemeine Grundsatz ausgeprägt, daß Verträge, welche ein freigewählter oder ein nothwendiger Stellvertreter (vergl. Art. 721) Namens des Geschäftsherrn und innerhalb seiner Befugnisse mit einem Dritten abschließt, den letzteren ebenso wie den Prinzipal sofort unmittelbar berechtigen und verpflichten, so daß die Person des Bevollmächtigten als Vertragssubjekt gar nicht in Betracht kommt. Ein Folgesatz hieraus ist die Bestimmung des **Art. 706.** Es kann nämlich der Mandant aus der Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Mandatars, eben weil dieser nicht Vertragssubjekt ist, keinen Einwand gegen die Geltung des Vertrages ableiten, zumal die Bestellung eines beschränkt befähigten Stellvertreters die eigene Handlung des Mandanten ist. Hat jedoch der beschränkt handlungsfähige Mandatar entweder in eigenem Namen (vergl. Art. 707) oder gegen den Auftrag oder unter dessen Ueberschreitung (vergl. Art. 708, 709) mit dem Dritten gehandelt, so wird er dadurch dem letzteren gegenüber selbst Subjekt des Vertrages. (Vergl. Art. 4 Abs. 2 Thl. I.).

Die Grenze der Vollmacht, deren Einhaltung durch den Bevollmächtigten die unmittelbare Wirksamkeit des von diesem mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes gegen den Mandanten bedingt, kann nicht nur ausdrücklich sondern auch stillschweigend vermöge der Natur der übernommenen Geschäftsführung bestimmt werden. Will sich im letzteren Falle der Mandant auf eine dem Mandatar auferlegte Einschränkung wirksam berufen, so muß er erweisen, daß diese Einschränkung der natürlichen Tragweite des Geschäftsauftrages dem Dritten bekannt gewesen sey. Der Entwurf konnte es unterlassen, dieser aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Folgerung Ausdruck zu geben. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der zweite Absatz des Art. 705 die Verpflichtung des Mandatars gegenüber dem Dritten nicht ausschließe, dem letzteren die Behelfe an die Hand zu geben, welche denselben in den Stand setzen, seine Klage gegen den Mandanten auf den Fall daß dieser den Auftrag selbst oder doch dessen Umfang in Abrede stellt zu begründen.

Hat der Bevollmächtigte zwar der Vollmacht gemäß, jedoch nicht auf den Namen

des Auftraggebers sondern in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so entsteht ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältniß nur zwischen dem Mandatar und dem Dritten. Das zwischen dem Auftraggeber und dem Bevollmächtigten bestehende Rechtsverhältniß aber wird durch den Inhalt des Auftrages beherrscht. Nach diesem ist die Pflicht des Mandatars, das vermöge des Rechtsgeschäftes von dem Dritten Empfangene an den Auftraggeber abzuliefern (vergl. Art. 692), zu beurtheilen; ingleichem die Pflicht des Mandanten, dem Bevollmächtigten die gelegentlich des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes gemachten Auslagen zu ersetzen und denselben von den gegenüber dem Dritten auf sich genommenen Verbindlichkeiten zu befreien (vergl. Art. 699 Abs. 1 und 3). Der Entwurf konnte hier der Annahme der gemeinrechtlichen Praxis nicht beitreten, wonach in dem im **Art. 707** unterstellten Falle der Mandatar, wenn er von dem Dritten aus dem Geschäfte belangt wird, sich mit dem Einwande schützen kann, der Dritte habe gewußt, daß er nicht in eigenem Namen, sondern aus Auftrag des Mandanten gehandelt habe; wonach ferner selbst der Mandant, unter Berufung auf eben diese Kenntniß des Dritten, auch diesen sofort aus dem Geschäfte belangen kann. Durch diese Annahme wird von dem Grundsatze, daß der Vertrag nur die Kontrahenten nicht aber einen Dritten binde, ohne Nöthigung abgegangen, zumal der Dritte, welcher bei dem Vertragsabschlusse weiß, daß das Geschäft nicht das seines Mitkontrahenten sondern jenes eines Anderen als Prinzipals ist, sich in der Lage befindet, den Vertrag sofort nach dem wahren Sach- und Rechtsverhältnisse abzuschließen. **(Art. 707.)**

Der **Art. 708** regelt das Rechtsverhältniß für den Fall, wenn der Bevollmächtigte gegen den Auftrag, gleichwohl aber im Namen des Auftraggebers mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abschließt. Dasselbe bindet natürlich den Mandanten nicht, erlangt jedoch dann volle Wirksamkeit für und gegen ihn (vergl. Art. 705), wenn er dasselbe nachträglich entweder ausdrücklich oder thatsächlich, namentlich durch Aneignung der Vortheile aus demselben genehmigt. Dieß gilt selbstverständlich auch dann, wenn nur der Umfang der Vollmacht überschritten wurde. In diesem letzteren Falle **(Art. 709)** bleibt der Mandant bei einseitigen Schuldverträgen an das Geschäft, insoweit es innerhalb der Auftragsgrenze liegt, gleichwohl gebunden, wie z. B. bei dem Mandate zur Aufnahme eines Darlehens oder auf die Zusage oder den Vollzug einer Schenkung. Bei gegenseitigen Schuldverträgen dagegen ist eine solche theilweise Verpflichtung des Mandanten nicht denkbar, weil hier jeder Theil zugleich Gläubiger und Schuldner ist. Der Mandant ist daher hier an das ganze Rechtsgeschäft nicht gebunden, soferne es nicht nach den Vorschriften des Art. 700 auf die Auftragsgrenze zurückgeführt wird.

Mit der vollständigen Ausführung des übernommenen Geschäftes erlischt das Auftragsverhältniß. Allein auch schon vor diesem Zeitpunkte wird dessen Erlöschung durch den Eintritt verschiedener Ereignisse bewirkt, welche der **Art. 711** aufzählt, wozu eine umfassende Rechtfertigung unnöthig und nur Folgendes zu bemerken ist. Unter den Erlöschungsgründen führt der Entwurf die Konkurser-

öffnung gegen den Mandanten oder gegen den Mandatar nicht auf. Wenn der Mandatar in Konkurs geräth, so wird durch die in seiner eigenen Vermögenssphäre eintretende Beschränkung die Ausführung des übernommenen fremden Geschäftes jedenfalls insoferne nicht berührt, als er weder aus seinem Vermögen etwas veräußert noch für sich etwas erwirbt. Gleichwohl kann derselbe dem Mandanten gegenüber Verpflichtungen, welche auch gegen die Konkursmasse wirksam wären, nicht mehr eingehen, und aus diesem Grunde wird das Mandat in der Regel infolge des Widerrufs des Mandanten erlöschen, weil dem letzteren die Sicherheit für die Erfüllung seiner Ansprüche entgeht. Hiernach kann die Eröffnung der Gant gegen den Mandatar schlechthin als Erlöschungsgrund des Mandats nicht aufgestellt werden. Dagegen bewirkt die Konkurseröffnung gegen den Mandanten die Erlöschung des Mandats, soferne dasselbe nicht ausnahmsweise die Vermögensrechte des Mandanten gar nicht berührt. Hiefür gibt aber schon die im Art. 711 Abs. 2 Nr. 2 enthaltene Bestimmung Maß, wonach das Mandat erlischt, wenn der Mandant die Rechtsfähigkeit zum Abschlusse des aufgetragenen Geschäftes verliert. Diese Bestimmung hat auch jene Fälle im Auge, in welchen der Mandant entweder überhaupt seine Dispositionsbefugniß infolge einer über ihn verfügten allgemeinen oder einer besonderen Vermögenspflege oder jenes besondere Verfügungsrecht verliert, an dessen Fortbestand die rechtliche Wirksamkeit des aufgetragenen Geschäftes geknüpft ist. In dem **Art. 711 Nr. 2** werden ferner — unbeschadet der Bestimmung des Art. 717 über die einstweilige Fortführung des Geschäftes durch den Mandatar — die Fälle bezeichnet, in welchen das Mandat nach dem Tode des Mandanten fortwirkt; nämlich wenn entweder der Auftrag überhaupt erst nach dem Tode des Mandanten oder vermöge ausdrücklicher Bestimmung auch noch gegenüber den Erben des Mandanten auszurichten ist. Der Entwurf enthält sich hier der Aufstellung der in andere Gesetzgebungen (Pr. L. R. Thl. I. Tit. 13 §. 190 —, Bayer. L. R. Thl. IV. Kap. 9 §. 18 —, Bayer. G. O. Kap. VII. §. 11 Nr. 2) aufgenommene Präsumtion für die Fortdauer des Mandats gegenüber den Erben des Mandanten bei besonderen, bereits angefangenen Geschäften, weil eine solche Vermuthung nicht geeignet ist, den oft sehr verschiedenen Intentionen der Kontrahenten zu entsprechen. Durch die Bestimmung des Art. 716 wird überdieß ausreichend für die Anstände Fürsorge getroffen, welche aus der Erlöschung des Mandats mit dem Tode des Mandanten entstehen können und die Erneuerung des Mandats durch freie Willkür der Erben des Mandanten angebahnt.

Die **Art. 712—715** stellen die nöthigen besonderen Bestimmungen über die einzelnen Erlöschungsgründe des Auftrages auf. — Der Widerruf von Seite des Mandanten steht schlechthin in seiner Willkür; derselbe kann ausdrücklich oder thatsächlich geschehen und wirkt natürlich gegenüber dem Beauftragten erst von da an, wo dieser davon Kenntniß erlangt. **(Art. 712.)** Durch denselben wird selbstverständlich auch die Ermächtigung des von dem Beauftragten (vergl. Art. 694 Abs. 2) bestellten Stellvertreters beendiget. Als eine faktische Frage mußte es dagegen betrachtet werden, ob der Widerruf des Mandanten auch die

Vollmacht des von ihm selbst dem Beauftragten gesetzten Stellvertreters beendige. **(Art. 713.)**

Auch der Beauftragte kann das Mandat nach freier Willkür aufkündigen (zurückgeben), soferne dieß nicht unzeitig geschieht, und zum Nachtheile des Auftraggebers auf das Geschäft insoferne wirkt, als letzterer nicht im Stande ist, dasselbe selbst zu übernehmen oder durch einen Anderen besorgen zu lassen. Der vorzeitig aufkündigende Bevollmächtigte wird hiemit dem Auftraggeber ersatzpflichtig, soferne er nicht nachzuweisen vermag, daß der Auftrag weder durch ihn noch durch einen Stellvertreter ausführbar und er auch nicht in der Lage gewesen sey, früher aufzukündigen. Aber auch durch eine gehörige Aufkündigung befreit sich der Mandatar gegenüber dem Mandanten erst von dem Zeitpunkte an, in welchem solche zu des letzteren Kenntniß gelangt. **(Art. 714, 715.)**

Die **Art. 716 u. 717** treffen die durch den Zweck des Auftragsverhältnisses gebotenen besonderen Bestimmungen für den Fall der Erlöschung des Mandats durch den Tod entweder des Auftraggebers oder des Beauftragten, damit in keinem dieser Erlöschungsfälle das aufgetragene Geschäft, bis für dasselbe anderweitige Fürsorge getroffen ist, durch Unthätigkeit und Versäumniß Schaden leide. Der Bevollmächtigte, welcher nach des Auftraggebers Tod, ingleichen die Erben des verstorbenen Bevollmächtigten, welche bis zur weiteren Fürsorge das Geschäft fortzuführen haben, verbleiben zu den Erben des verstorbenen Geschäftsherrn und beziehungsweise zu dem Auftraggeber, welcher den Bevollmächtigten überlebt hat, ebenso auch Dritten gegenüber, in dem Rechtsverhältnisse des Mandats, welches hier als in beschränkter Weise erstreckt angenommen wird.

Erlischt das Mandat, so muß der Mandant und beziehungsweise dessen Erbe, im Falle dem Mandatar eine Vollmachtsurkunde behändiget worden war, berechtiget seyn, um sich gegen deren Mißbrauch und namentlich gegen die ihm durch die Bestimmung des Art. 720 Abs. 2 aufgelegte Fortdauer der Haftung gegen Dritte zu schützen, die Zurückgabe oder die gerichtliche Hinterlegung der Urkunde zu verlangen; letzteres für den Fall, wenn der Mandatar jener Urkunde noch dazu bedarf, um seine Ansprüche gegen den Mandanten zu begründen. **(Art. 718.)**

Solange dem Mandatar die Erlöschung des Mandats, sey es durch den Widerruf des Mandanten oder durch dessen Tod, nicht bekannt geworden ist, müssen nothwendig die von dem ersteren eingegangenen Rechtsgeschäfte dieselbe Wirkung haben, als wenn der Erlöschungsgrund noch gar nicht eingetreten wäre, und zwar sowohl gegenüber dem Auftraggeber beziehungsweise seinem Erben als gegenüber dem Dritten. Ist dem letzteren die Erlöschung des Mandats bekannt geworden, so ist, wenn auch der Mandatar hievon noch keine Kenntniß hat, und daher das Geschäft noch Namens des Mandanten abschließt, nicht nur der Auftraggeber an dasselbe nicht gebunden (vergl. Art. 708), sondern auch der Beauftragte hat für das Geschäft dem Dritten mit Schadensersatz nicht einzustehen. Der Dritte kann hier auch gegen den Mandatar keine Rechte aus dem Vertrage ableiten, weil dieser nicht sich selbst, sondern den Mandanten verpflichten wollte. **(Art. 719.)** War im gegentheiligen Falle aber die Erlöschung dem Mandatar bekannt, so sind

die von demselben demungeachtet mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte für den Auftraggeber nicht bindend (vergl. Art. 708, 710), insoweit nicht die Bestimmungen der Art. 716 u. 717 den Erben des verstorbenen Mandanten die Verpflichtung auflegen, gewisse unverschiebliche Rechtsgeschäfte trotz der Erlöschung des Mandats gegenüber dem Mandatar als bindend anzuerkennen, oder insoweit nicht für besondere Fälle eine abweichende Bestimmung nöthig ist. **(Art. 720.)** Eine solche stellt der zweite Absatz dieses Artikels auf, welcher die Erhaltung der unmittelbaren Ansprüche des Dritten gegen den Mandanten auf den Fall beabsichtiget, wenn ersterer in dem guten Glauben des Fortbestandes der Vollmacht ist, und der Mandatar trotz der Erlöschung des Auftrages, sey es wegen des Todes des Mandanten, sey es wegen des ihm bekannt gewordenen Widerrufs des Auftraggebers oder wegen seiner eigenen Aufkündigung — im ersten dieser Fälle über die im Art. 716 Abs. 1 bezeichnete Grenze hinaus — die Geschäftsführung fortsetzt, z. B. ohne der Erlöschung des Auftrages zu erwähnen, von dem Dritten Zahlungen für den Mandanten einhebt u. dgl. Der hier beabsichtigte Schutz des Dritten kann, ohne die Rechte des Auftraggebers in einem solchen Falle der Untreue seines Bevollmächtigten zu sehr zu verletzen, nicht weiter gehen, als hiezu die eigene Fahrlässigkeit des Mandanten berechtiget. Hatte der Auftraggeber selbst dem Dritten von der dem Bevollmächtigten ertheilten Vollmacht vorher Kenntniß gegeben, und gibt er demselben nun nicht auch von der Erlöschung Nachricht, oder ist der Bevollmächtigte zur Zeit des Eintrittes des Erlöschungsgrundes noch im Besitze einer als kraftlos nicht erklärten Vollmachtsurkunde, so trifft mit Recht den Auftraggeber die Verantwortlichkeit für die von dem Mandanten mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auf so lange als der letztere nicht von der Erlöschung des Mandats Kenntniß erlangt hat. Die weitergehende Bestimmung des französischen Rechts (Civ.-G.-B. Art. 2005), wonach sich der Mandant in keinem Falle infolge eines gegen den Beauftragten allein erklärten Widerrufes der Haftung für die von diesem mit Dritten später abgeschlossenen Geschäfte entschlagen kann, daher als für sich bindend anerkennen muß, insolange die Dritten von dem Widerrufe keine Kenntniß erlangen, überschreitet das Maß des Schutzes, dessen der im guten Glauben handelnde Dritte bedarf. Die gemeine Vorsicht gebietet vielmehr dem Dritten, sich über den Fortbestand der Berechtigung des Mandatars vor dem Geschäftsabschlusse Gewißheit zu verschaffen, während es dem Mandanten oft nicht möglich ist, der Abschließung des Geschäfts durch Kundgabe des Widerrufs an einen Dritten, den er nicht kennt, zuvorzukommen.

Auch durch das Gesetz oder durch richterliche Anordnung kann Jemandem die Besorgung der Geschäfte eines Anderen übertragen seyn. Insoweit diese Verhältnisse nicht in anderen Theilen des Gesetzbuches (Familien- und Erbrecht) besonders geregelt sind, kommen auf dieses nothwendige Vertretungsverhältniß die Grundsätze des Mandats jedenfalls insoweit zur Anwendung, daß der gesetzliche oder richterlich aufgestellte Vertreter, hinsichtlich der Ausrichtung des Geschäftes geradeso berechtiget und verpflichtet wird, als wenn der Auftrag auf dem Willen des Herrn des Geschäftes beruhen würde. **(Art. 721.)**

Sechszehntes Hauptstück.

Anweisung.

Bei dieser besondern Art des Mandats bot sich wenig Anlaß zu Abweichungen von dem gemeinen Rechte und der Auffassung der neueren Gesetzgebungen dar. Die Assignation ist die Verbindung zweier von dem Assignanten ertheilten Mandate. Die Anweisung im engeren Sinne, nämlich die von einer Person einer anderen ertheilte Ermächtigung, bei einem Dritten eine Zahlung für sich zu erheben, verpflichtet, den Anweisenden zugleich zur rechtzeitigen Ertheilung eines weiteren Auftrages an den Dritten, dem von ihm zur Zahlungserhebung Angewiesenen Zahlung zu leisten. **(Art. 722, 723.)** — Für die schriftliche Form der gewöhnlichen Anweisungen besteht kein allgemeines Bedürfniß. Ist aber die Anweisung dem Assignatar schriftlich ertheilt worden, so dient sie von selbst zum Gebrauche gegenüber dem Assignaten, und es ist gerechtfertiget, hier sofort einen stillschweigend vom Assignanten dem Assignaten ertheilten Zahlungsauftrag anzunehmen. **(Art. 723 Abs. 2.)** Die Assignation dient dem Assignanten häufig als Mittel, um durch Ueberweisung seines Schuldners (des Assignaten) an den Assignatar seine eigene Schuld gegen den letzteren zu decken; sie kann auch dem Zwecke dienen, um dem Assignatar ein Darlehen oder eine Schenkung zuzuwenden. Für den letztern Fall sind die Grundsätze über das gewöhnliche Mandat größtentheils anwendbar, während für den ersten Fall einige besondere Bestimmungen wegen des Verhältnisses nothwendig werden, daß der Assignant Gläubiger des Assignaten, zugleich aber Schuldner des Assignatars ist.

Wie das gewöhnliche Mandat, so kann auch in der Regel die Anweisung und der sich an dieselbe knüpfende Zahlungsauftrag nach freier Willkür von dem Assignanten widerrufen werden, so lange noch kein Vollzug eingetreten ist, also die Zahlung von Seite des Assignaten an den Assignatar nicht geschehen oder die Anweisung von Seite des Assignaten nicht bereits dem Assignatar gegenüber acceptirt ist, wodurch der erstere zu dem letzteren in ein Schuldverhältniß tritt. (Vgl. Art. 724 und 726 Abs. 2.) — Durch den Widerruf des Assignanten kann dem Assignatar wie auch dem Assignaten Schaden zugehen. Beide — der erstere auf den Fall des erwarteten Eingehens der Zahlung, der letztere zum Zwecke der von ihm zu leistenden Zahlung — können Vermögensdispositionen getroffen haben, welche ihnen infolge des Nichteintritts ihrer Voraussetzung Schaden bereiten. Für diesen Schaden hat der Assignant einzustehen, soferne von ihm nicht nachgewiesen werden kann, daß ein früherer Widerruf der Anweisung, beziehungsweise des Zahlungsauftrages, ihm unmöglich gewesen sey. **(Art. 724 Abs. 1 u. 2.)** In dem 3ten Absatze dieses Artikels entscheidet der Entwurf die nach gemeinem Rechte controverse Frage, inwieferne der Widerruf des Assignanten Wirkung äußere, wenn entweder der Assignatar den Betrag der Anweisung im voraus an den Assignanten bezahlt hat, um solchen an einem an-

deren Orte von dem Assignaten zu erheben (Kauf einer Anweisung) oder wenn der Assignatar Gläubiger des Assignanten ist und die Befriedigung des ersteren durch den Assignaten Zweck der Anweisung war. Die Entscheidung dahin, daß der an den Assignaten ergehende Widerruf (Contreordre) diesen zwar verpflichte, vor der Hand die Zahlung an den Assignatar zu unterlassen, daß der letztere aber berechtiget sey, nach seiner Wahl, entweder zu verlangen, daß der Widerruf als unwirksam erklärt, daher der Assignat angewiesen werde, Zahlung zu leisten oder nur Schadensersatz von dem Assignanten in Anspruch zu nehmen — entspricht der Natur des Rechtsverhältnisses und der bisherigen Praxis.

Das in dem Zahlungsauftrage des Assignanten an den Assignaten liegende Mandatsverhältniß kommt erst durch die Annahme des Auftrags von Seite des letzteren zu Stande, und diese Annahme liegt in der Regel in der Willkür des Beauftragten, hier des Assignaten. **(Art. 725 Abs. 1, Art. 726 Abs. 1.)** Eine Ausnahme von diesem auch bei dem gewöhnlichen Mandate geltenden Grundsatze ist aber dann begründet, wenn der Assignat Schuldner des Assignanten ist. Der Gläubiger kann nämlich, wie über seine Forderung selbst, so auch darüber, ob an ihm selbst oder an einen Andern erfüllt werden soll, mit Wirkung gegenüber dem Schuldner verfügen. Der Assignat ist daher in diesem Falle verbunden, dem Zahlungsauftrage nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses Folge zu leisten, widrigenfalls er dem Assignanten schadensersatzpflichtig wird. **(Art. 725 Abs. 2.)**

Ein unmittelbares Obligationsverhältniß zwischen dem Assignaten und dem Assignatar und damit ein Klagerecht des letzteren auf Erfüllung des Inhalts der Anweisung entsteht nur dann, wenn der Assignat die von ihm dem Assignanten gegenüber bereits angenommene oder von ihm nach Art. 725 Abs. 2 als Schuldner des Assignanten zu honorirende Anweisung, auch dem Assignatar gegenüber zu erfüllen sich dadurch verpflichtet, daß er diesem entweder ausdrücklich ein Zahlungsversprechen gibt oder — und dieß ist die gewöhnliche Form — die Annahme der Anweisung erklärt (Accept). Der Assignat, welcher dem Assignatar gegenüber die Anweisung angenommen hat und hiedurch Schuldner des letzteren geworden ist, kann daher demselben die Einreden nicht entgegensetzen, welche ihm gegen den Assignanten aus dem Schuldverhältnisse zu diesem allenfalls zustehen, wohl aber solche, welche aus der Anweisung selbst, z. B. aus der Bedingung oder Zeitbestimmung derselben sich ergeben. Diese Folgerung aus dem aufgestellten Grundsatze bedurfte keiner besonderen Anführung. **(Art. 726 Abs. 2.)**

Wird dem Zahlungsauftrage des Assignanten entweder durch eine Ablehnung der Acceptation oder, ungeachtet erfolgter Acceptation, durch Unterlassung der Zahlung von Seite des Assignaten keine Folge gegeben, oder ist der Assignatar aus irgend einem äußeren Grunde nicht im Stande, die Anweisung gegen den Assignaten geltend zu machen, so ist er gleichwohl verpflichtet, dem Assignanten hievon sobald wie möglich Nachricht zu geben, weil dieser in Folge der Nichterfüllung seines Zahlungsauftrages in die Lage kommen kann, anderweitig für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Assignatar Sorge zu tragen. Tritt für den Assig-

nanten infolge der Versäumung dieser Anzeige von Seite des Assignatars die Nothwendigkeit zur Eingehung lästigerer Bedingungen zu dem vorbezeichneten Zwecke ein, z. B. behufs der Beschaffung eines Kapitals, so muß ihm der Assignatar ersatzpflichtig seyn. — Bietet der Assignat nur einen Theil der angewiesenen Summe dem Assignatar an, so kann wegen der Verschiedenheit der Zwecke, zu welchen die Anweisung dient, dem Assignatar nicht die Pflicht zur Annahme dieses Theiles aufgelegt, sondern nur eine nach Willkühr auszuübende Berechtigung hiezu eingeräumt werden. **(Art. 727.)**

Erfüllt der Assignat den ihm vom Assignanten gegebenen Zahlungsauftrag entweder durch wirkliche Zahlung oder dadurch, daß ihn der Assignatar auf den Betrag der Anweisung als seinen Schuldner annimmt, so steht ihm, ausgenommen wenn er selbst Schuldner des Assignanten ist, der Rückanspruch gegen letztern nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Mandats zu (vergl. Art. 699). Ist aber der letztbezeichnete Ausnahmsfall gegeben, so wird der Assignat für den Betrag der an den Assignatar geleisteten Zahlung von seiner Schuld an den Assignanten befreit. In diesem Falle steht der Assignatar lediglich in dem Verhältnisse eines Zahlungsempfängers für den Assignanten, welcher der Gläubiger des Assignaten ist; daher kann der Assignat, wenn er irrthümlich das Bestehen einer Schuld an den Assignanten unterstellte, die dem Assignatar geleistete Zahlung nicht gegen diesen, sondern nur gegen den Assignanten condiciren, an welchen, mittels der Zahlung an den Zahlungsempfänger — den Assignatar — eine nicht bestehende Schuld abgetragen wurde, und welchem dadurch eine Bereicherung ohne Rechtsgrund zuging. **(Art. 728.)**

War der Zahlungsauftrag des Assignanten an den Assignaten an eine Zeitbestimmung oder an den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung geknüpft, hat aber der letztere schon vorher an den Assignatar Zahlung geleistet und erfolgt nachher — gleichwohl aber noch rechtzeitig — ein Widerruf des Zahlungsauftrages von Seite des Assignanten, so trägt natürlich der Assignat die Gefahr, weil für ihn bis zum Zahltag der Widerruf des Assignanten verpflichtend ist. Er hat, da er gegen den Auftrag gehandelt, gegen den letzteren keinen Rückanspruch; es verbleibt ihm nur das Rückforderungsrecht gegen den Zahlungsempfänger, nämlich gegen den Assignatar, insoferne dieser durch die Zahlung als ohne Rechtsgrund bereichert erscheint. **(Art. 729.)**

Für den Assignatar, auch wenn derselbe Gläubiger des Assignanten ist, besteht keine Pflicht, der ihm ertheilten Ermächtigung zur Empfangnahme der Zahlung bei dem Assignaten nachzukommen. Als einfacher Mandatar kann er nämlich das gleichwohl auf sich genommene Mandat kündigen, und wenn er Gläubiger des Assignanten ist, seine Befriedigung von letzterem auch unmittelbar in Anspruch nehmen, daher die ihm gegebene Anweisung wieder zurückgeben, selbstverständlich so lange dieselbe von Seite des Assignaten nicht vollzogen ist. Ist aber in einer bloßen Anweisung dem Assignatar zum Zwecke der Tilgung einer Schuld des Assignanten an ihn die Forderung, welche dem Assignanten gegen den Assignaten zusteht abgetreten worden (was nach den Umständen zu beurtheilen ist), so findet keine

Zurückgabe der Anweisung von Seite des Assignatars statt, und es sind die Grundsätze über die Cession maßgebend. — Hatte der Assignatar bereits dem Assignaten Kenntniß von der ihm behändigten Anweisung gegeben, so muß er denselben ungesäumt auch von der Zurückgabe benachrichtigen, widrigenfalls er ihm für den durch sein Versäumniß verursachten Schaden haftet. Es beruht dieß auf ähnlichen Erwägungen, wie die oben erörterte Bestimmung des Art. 727 Abs. 1. Es kann nämlich der Assignat in der Voraussicht, die Anweisung honoriren zu müssen, bereits Vermögensmaßregeln getroffen, z. B. verzinslich angelegte Gelder eingezogen haben. **(Art. 730.)**

Durch die Annahme des Zahlungsauftrages des Assignanten von Seite des Assignaten gegenüber dem Assignatar wird zwar ein selbständiges Obligationsverhältniß zwischen diesen letzteren begründet. Allein wenn ein Schuldverhältniß zwischen dem Assignanten und dem Assignatar besteht, welches durch die Zahlung von Seite des Assignaten gelöst werden soll, so tritt dessen Tilgung nicht schon mit jener Acceptation der Anweisung von Seite des Assignaten gegenüber dem Assignatar sondern erst durch die wirkliche Zahlung des Assignaten an den Assignatar oder durch eine Schuldübernahme (vergl. Art. 198) ein, vermöge welcher der Assignatar statt seines alten Schuldners — des Assignanten — den Assignaten als neuen Schuldner annimmt. War hiebei der Assignat zugleich der Schuldner des Assignanten, so wird ersterer für den Betrag, welchen er an den Assignatar bezahlt oder zu welchem er in dem letzteren einen neuen Gläubiger vermöge der Schuldübernahme erhält, von seinem alten Gläubiger — dem Assignanten — befreit. Ist weder eine Schuldübernahme eingetreten noch eine Zahlung von Seite des Assignaten erfolgt, verweigert aber der letztere die Zahlung der Anweisung gegenüber dem Assignatar, so wird für den letzteren zu dem Hauptschuldverhältnisse, in welchem er zu dem Assignanten als seinem Schuldner steht, noch die accessorische Verpflichtung des Assignaten geschaffen, welche aus des letzteren Acceptation der Anweisung gegenüber dem Assignatar entsteht (vergl. Art. 726). Der Assignatar ist daher hier befugt, den Assignaten aus dessen Acceptation zu verfolgen, wie auch seine Forderung gegen den Assignanten, als seinen primären Schuldner, geltend zu machen. **(Art. 731.)**

Bezüglich der Erlöschung der Anweisung durch den Tod der hiebei betheiligten Personen waren Grundsätze aufzustellen, welche von den bei dem Mandate geltenden wesentlich abweichen. Der Gegenstand der Anweisung ist „eine bestimmte Zahlung" (vergl. Art. 722), also eine rein vermögensrechtliche Leistung, bei welcher es auf die Persönlichkeit des Erfüllenden, im Gegensatze zu dem Geschäftsauftrage, in der Regel nicht ankommt. Bezüglich derselben muß ferner angenommen werden, es bestehe dasselbe Interesse auf Seite des Assignanten und des Assignatars selbst, wie auf Seite ihrer Erben. In Betracht des Widerrufsrechtes auf Seite des Assignanten, der Berechtigung zur Ablehnung auf Seite des Assignaten und jener zur Zurückgabe der Anweisung auf Seite des Assignatars, kann es auch dann, wenn der Assignant nicht Schuldner des Assignatars und nicht zugleich Gläubiger des Assignaten ist, keinem Bedenken unterliegen, hier an der Regel festzuhalten,

daß Obligationen activ wie passiv auf die Erben übergehen. Liegt aber der Anweisung jenes zweifache Schuldverhältniß zu Grunde, so kann es noch weniger einem Bedenken unterliegen, die Grundsätze über die Erlöschung des Mandates durch den Tod auf die Assignation nicht zu übertragen. Die von dieser Regel gemachte Ausnahme bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. — Der später eintretende Verlust der Rechtsfähigkeit der bei einer Assignation konkurrirenden Personen muß — gleichfalls abweichend von den Grundsätzen über das gewöhnliche Mandat — in der Regel ohne Rechtsfolge bleiben. Das doppelte Zahlungs- und Erhebungsmandat des Assignanten ist nämlich sofort schon mit der Willenserklärung rechtlich vollendet, während bei dem gewöhnlichen Mandate das aufgetragene Geschäft erst in dem Momente seines Abschlusses als von dem Mandanten abgeschlossen gilt, daher die Fortdauer der Rechtsfähigkeit desselben bis zu diesem Zeitpunkte vorausgesetzt wird. **(Art. 732.)**

Der **Art. 733** handelt von der häufig vorkommenden Abtretung der Anweisung von Seite des Assignatars an einen Dritten und hebt die Eigenthümlichkeiten dieses Rechtsverhältnisses nach Bedürfniß hervor. Durch die bloße Cession der Anweisung von Seite des Assignatars tritt der Cessionar nicht auch schon zu dem Assignanten in ein Rechtsverhältniß. Der Cessionar erwirbt für den Fall, daß die Anweisung von dem Assignaten nicht acceptirt oder nicht gezahlt oder vom Assignanten selbst widerrufen wird, gegen den letzteren kein Klagerecht aus jenem Schuldverhältnisse, welches zwischen diesem und dem Assignatar besteht und den Grund zur Anweisung abgab, soferne nicht auch diese Forderung von dem Assignatar auf den Dritten übertragen wurde. Gegenstand der Cession ist vielmehr lediglich die Verbindlichkeit, welche durch den vom Assignanten ertheilten Zahlungsauftrag dem Assignaten gegenüber dem Assignatar auferlegt ist. Deßhalb haftet der unter einem entgeltlichen Titel abtretende Assignatar seinem Cessionar in der Regel nur für die Richtigkeit der abgetretenen Verbindlichkeit des Assignaten, also dafür, daß dieser die Anweisung dem Cessionar gegenüber acceptire, vorbehaltlich der im Art. 192 Abs. 2 bezeichneten, auch hier anwendbaren Ausnahmen einer weiter reichenden Haftung. Hat der Assignatar als Cedent vermöge einer dieser Ausnahmen seinem Cessionar auf den Fall zu haften, daß von dem Assignaten, trotz seiner Acceptation, der Betrag der Anweisung nicht zu erholen ist, so steht ihm selbstverständlich vermöge eines Schuldverhältnisses zu dem Assignanten gegen den letzteren der Regreß zu.

Siebenzehntes Hauptstück.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Bei dem Vortrage der gesetzlichen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag erschien es zweckmäßig, die Regel voranzustellen, daß die aus diesem vertragsähnlichen Rechtsgeschäfte entstehenden gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten nach den Bestimmungen über den Auftragsvertrag zu beurtheilen seyen und die Abweichungen hievon sofort anzureihen. Die Begriffsbestimmung der Geschäftsführung ohne Auftrag **(Art. 734)** bedarf keiner Rechtfertigung. An die allgemeine Hinweisung auf die analogen Sätze des Mandats konnte in passender Weise aber auch die besondere, gleichfalls analoge, Bestimmung sofort angeknüpft werden, daß der Geschäftsführer — wie der Beauftragte (vgl. Art. 715) — um Ansprüche gegen den Geschäftsherrn zu erwerben, das ohne Auftrag begonnene Geschäft gleichwohl auch zu vollenden habe, soferne ihm nicht der Geschäftsherr Einhalt gebietet **(Art. 735)**.

Uebergehend zu den Verbindlichkeiten des Geschäftsführers, wird vorerst im **Art. 736** die Haftung desselben für Schaden, soferne seine Handlung die Abwendung eines drohenden Nachtheils von dem Geschäftsherrn in einem Nothfalle bezweckt, billiger Weise auf den Fall der Unredlichkeit oder groben Fahrlässigkeit beschränkt. Der Entwurf enthält hier keine Beschränkung der Schadenshaftung des Geschäftsführers für den Fall, daß dessen Handlungsfähigkeit eine gesetzlich beschränkte ist, und zwar abweichend von dem gemeinen Rechte und von anderen Gesetzgebungen (vgl. Zürch. G. B. Art. 1209), wo diese Haftung auf den Betrag beschränkt wird, um welchen der beschränkt handlungsfähige Geschäftsführer aus der Geschäftsführung bereichert ist. Wenn gleich die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung so entstehen, als wenn ein Vertrag zwischen Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer bestünde und Verträge, welche beschränkt handlungsfähige Personen eingehen, dieselben auch nur in beschränkter Weise verpflichten, so beruht doch die Haftung des Geschäftsführers für den von ihm verschuldeten Schaden des Geschäftsherrn zunächst auf dem Mangel der Befugniß zu einer Einmischung in die Geschäfte eines Dritten. Aus diesem Gesichtspunkte läßt sich die bezeichnete theilweise Befreiung eines z. B. minderjährigen Geschäftsführers von der Haftung nicht rechtfertigen; es würde hiedurch die unberufene und unüberlegte Einmischung solcher Personen in fremde Geschäfte zum Schaden des Geschäftsherrn begünstiget werden.

Im **Art. 737 Abs. 1** erstreckt der Entwurf — allgemein anerkannten Rechtssätzen folgend — in den dort bezeichneten drei Fällen die Haftung des Geschäftsführers auch auf den aus Anlaß der Geschäftsführung durch Zufall für den Geschäftsherrn entstandenen Schaden. In dem ersten dieser Fälle — bei dem Verbot des Geschäftsherrn — macht sich sowohl hinsichtlich der Haftung des Geschäfts-

führers für Schaden, als auch bezüglich der Verpflichtung des Geschäftsherrn zum Ersatze des von dem Geschäftsführer gemachten Aufwandes (vgl. Art. 744), die Nothwendigkeit einer Ausnahme auf den Fall geltend, wenn trotz des Verbotes der Geschäftsführer eine dem Geschäftsherrn gesetzlich obliegende Verbindlichkeit, erfüllt und dadurch eine dringende Gefährdung des öffentlichen Interesses abwendet. Das Gesetz darf nicht zugeben, daß Verbindlichkeiten, deren Erfüllung das öffentliche Interesse dringend gebietet, dadurch unerfüllt bleiben, daß ein, jeder Rechtfertigung entbehrendes, oft aus Bosheit entspringendes Verbot dem Dritten, welcher die Verbindlichkeit für den Verpflichteten erfüllt, den Anspruch auf Rückersatz benehmen kann. Es ist sicher gerechtfertiget, dem Geschäftsführer einen Rückersatzanspruch zu geben, sowie ihn von der Haftung für den Zufall zu befreien, wenn er, trotz des Verbotes des Geschäftsherrn, für denselben den bei allgemeiner Noth oder Gefahr von der Staatsgewalt getroffenen Anordnungen oder Auflagen genügeleistet, oder im Interesse der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit die den Einzelnen auferlegten Leistungen erfüllt, oder wenn er Alimente den alimentationsberechtigten Angehörigen des Geschäftsherrn in ihrem Nothstande reicht. **Art. 737 Abs. 2** und **Art. 744).**

Die für die Geschäftsführung ohne Auftrag geltende Regel, daß durch dieselbe, als einer unbefugten Einmischung in die Rechtssphäre eines Dritten, gegen den Geschäftsführer eine sehr ausgedehnte Haftung für die Folgen seiner Handlung begründet werde, macht sich besonders in dem Falle geltend, wenn sich der Geschäftsführer Veränderungen an den Sachen des Geschäftsherrn erlaubt. Er hat hier nicht nur für den vollen Schadensersatz einzustehen, sondern er ist dem Geschäftsherrn auch zu einer, wenn auch mit bedeutendem Kostenaufwande verknüpften, Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet. Die im **Art. 738** durch Hinweisung auf Art. 740—742 aufgestellten Ausnahmen von dieser Regel tragen ihre Rechtfertigung in sich. Es ist insbesondere wohl begründet, daß der Geschäftsführer in dem Falle einer zweckmäßig unternommenen Abwendung eines dem Geschäftsherrn drohenden Nachtheiles von der Haftung für die durch seine Handlungsweise herbeigeführten, für den Geschäftsherrn wenn auch mit Unbequemlichkeit verbundenen Veränderungen der Sache des letzteren befreit sey. Ist ferner von dem Geschäftsführer die Besorgung einer Vermögensverwaltung oder die Fortführung eines, meist den Nahrungsstand des Geschäftsherrn bedingenden, Erwerbsgeschäftes, für den letzteren unternommen worden, um das Vermögen, das Geschäft, in seinem Bestande zu erhalten, so kann gegen diesen bleibenden Vortheil der Umstand nicht in Betracht kommen, daß die durch die Geschäftsführung gebotene Veränderung an einzelnen Sachen des Geschäftsherrn diesem nicht zusagt. — Zum Abschlusse des Vortrages der Grundsätze über die Verbindlichkeiten des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn erschien es zweckmäßig, die ebenso wie bei dem Mandate begründete solidarische Haftung (vgl. Art. 697 Abs. 2) der mehreren Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn besonders hervorzuheben. **(Art. 739.)**

Uebergehend zu den Verpflichtungen, welche durch die Geschäftsführung dem

Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer aufgelegt werden, so versteht sich vorerst von selbst, daß durch eine nachträgliche Genehmigung der Geschäftsherr geradeso verpflichtet werde, als wenn er zu der Geschäftsführung Auftrag gegeben hätte. Diese Genehmigung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende seyn, und die letztere ist u. a. dann als gegeben anzunehmen, wenn der Geschäftsherr sich einen Vortheil aus dem Geschäfte angeeignet. **(Art. 740 Abs. 1 u. 2.)** Erfolgt aber eine nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung nicht, so unterscheidet der Entwurf hinsichtlich des Maßes der Ersatzansprüche, welche der Geschäftsführer aus dem von ihm auf das Geschäft gemachten Aufwande erwirbt, zwei Fälle. Vorerst den Fall, wenn der Geschäftsführer gehandelt und Vermögensaufwand gemacht hat, um einen Nachtheil von dem Geschäftsherrn abzuwenden; dann aber jenen, wenn der Geschäftsführer thätig war, ohne daß aus der Unterlassung seiner Thätigkeit dem Geschäftsherrn ein Nachtheil zugegangen wäre. In dem ersten Falle bemißt sich der Ersatzanspruch des Geschäftsführers nach dem von ihm gemachten Aufwande oder nach den von ihm für den Geschäftsherrn übernommenen Verbindlichkeiten, insoweit das Maß beider dem Zwecke und den Umständen des übernommenen Geschäftes — namentlich der gewohnten eigenen Handlungsweise des Geschäftsherrn — entspricht und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der beabsichtigte Erfolg eingetreten oder später wieder vereitelt wurde. In dem zweiten Falle dagegen hängt die Begründung sowie das Maß der Ersatzansprüche des Geschäftsführers lediglich von dem Umstande ab, ob dem Geschäftsherrn eine Bereicherung — ein pekuniärer Gewinn — und in welchem Umfange zugegangen ist. Außer diesen beiden Fällen kann Niemand verpflichtet seyn, eine gleichwohl mit der Absicht dem Anderen zu nützen unternommene und durchgeführte Geschäftsführung anzuerkennen. Ein Zwang zur Anerkennung dieser zwar wohlgemeinten, jedoch unbefugten Einwirkung Dritter auf die eigenen Angelegenheiten würde unerträglich und mit Auslagen verbunden seyn, welche der Geschäftsherr nicht gemacht hätte und oft nach seinem Vermögensstande zu machen gar nicht in der Lage ist. Als einen besonderen Fall der ersten Art hebt der Entwurf **(Art. 742)** die Uebernahme einer Vermögensverwaltung oder den Fortbetrieb eines Erwerbsgeschäftes besonders hervor. Hiebei wird gleichfalls vorausgesetzt, daß dem Geschäftsherrn durch die Unterlassung der bezeichneten Handlungen des Geschäftsführers ein Nachtheil zugegangen seyn würde, indem er gehindert ist, die geeignete Fürsorge für seine Angelegenheiten selbst zu bethätigen.

Die Befreiung des Geschäftsherrn von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit, insoferne solche entweder durch Uebernahme oder durch Zahlung, zu dem Zwecke bewirkt wurde, um Nachtheil von dem Geschäftsherrn abzuwenden, muß hinsichtlich der Ersatzpflicht des Geschäftsherrn einem zu diesem Zwecke gemachten anderweitigen Vermögensaufwande gleichstehen. Abgesehen von diesem Zwecke bewirkt die Befreiung von einer Schuld aber immerhin eine Bereicherung des Geschäftsherrn in dem Sinne, daß sich dessen reines Aktivvermögen durch die von dem Geschäftsführer bewirkte Tilgung der Schuld erhöht. Weil aber an die Stelle der von dem Geschäftsführer getilgten Schuld dessen Ersatzanspruch gegen den Geschäfts-

herrn tritt, so darf das Gesetz nicht billigen, daß Jedermann völlig unberufen durch die bloße Thatsache der Bezahlung der Schuld eines Anderen sich auch dann als neuer Gläubiger aufdrängen könne, wenn der Geschäftsherr als Schuldner ein besonderes Interesse daran hat, daß seine Schuld an den Gläubiger entweder überhaupt nicht, oder doch nicht sofort getilgt werde; ein Interesse, welches durch die unberufene Geschäftsführung verletzt werden würde. So käme z. B. der Geschäftsherr infolge der Ersatzklage des Geschäftsführers aus der Bezahlung seiner Schuld, in eine schlimmere Lage, wenn ihm nachweislich von Seite seines Gläubigers ein Erlaß der Schuld in Aussicht gestellt oder eine lange Zahlungsnachsicht gewährt war. **(Art. 741, 742, 743 Abs. 1, 2.)** Nach der Vorschrift des letzterwähnten Artikels ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn der Geschäftsführer das ihm als solches bekannte fremde Geschäft lediglich besorgt, um sein eigenes Interesse hiebei zu verfolgen. Auch hier kann ihm infolge der allgemeinen Grundsätze ein Klagerecht gegen den Geschäftsherrn dann nicht versagt seyn, wenn und insoweit der letztere durch die Handlungen des Dritten wirklich bereichert ist.

Macht der Geschäftsführer auf die Sache des Geschäftsherrn Verwendungen, welche nicht dazu dienen, Nachtheile von dem letzteren abzuwenden, so wird demselben kein Vermögensaufwand, den er selbst hätte machen müssen, erspart, da solcher vielmehr nur in seiner Willkür lag. Wird auch der Verkehrswerth einer Sache des Geschäftsherrn infolge von Verwendungen des Geschäftsführers erhöht, so kann doch dem ersteren eine Ersatzverbindlichkeit nicht auferlegt werden, weil es vielleicht gar nicht in seiner Absicht gelegen war, die Sache zu verwerthen, vielmehr zu behalten und zu gebrauchen. In dem letzteren Falle haben Verwendungen auf die Sache selten einen pekuniären reinen Gewinn für den Geschäftsherrn zur Folge, wodurch allein, vermöge des dem Art. 741 zu Grunde liegenden Prinzips, eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn begründet werden könnte. Daher räumt der **Abs. 3 des Art. 743** dem Geschäftsführer lediglich das Recht der Wegnahme bezüglich der Verwendungen ein, insoweit es ohne Beschädigung der Sache ausgeübt werden kann.

Nach der Natur der Geschäftsführung ohne Auftrag, welche immerhin in einer, wenn auch wohlgemeinten, fremden Einmischung in das selbsteigene Verfügungsrecht besteht, muß das Verbot des Geschäftsherrn, insoweit es wirksam ist, d. h. nicht unter die bereits erörterte Bestimmung des Art. 734 Abs. 2 fällt, nothwendig jeden Anspruch auf Ersatz für den Geschäftsführer aufheben. Ingleichem muß in diesem Falle bezüglich der Verwendungen auf die fremde Sache das Recht des Geschäftsführers, selbst bei der in den Art. 741 u. 742 vorgesehenen Geschäftsführung, welche zum Zwecke der Abwendung von Nachtheilen des Geschäftsherrn unternommen wird, auf die Wegnahme der Verwendungen beschränkt seyn. Dieselben Grundsätze müssen aus naheliegenden Gründen auch dann gelten, wenn der Geschäftsführer den von dem Geschäftsherrn selbst oder den sonst gesetzlich bestellten Bevollmächtigten verdrängt hat. **(Art. 744.)**

Wie bei dem Auftrage stellt der Entwurf die Unvergeltlichkeit der von dem Geschäftsführer geleisteten Dienste auch bei der Geschäftsführung nicht als ein

wesentliches Merkmal auf, erstreckt vielmehr die Verpflichtung des Geschäftsherrn, unter den in den Art. 741, 742, 743 bezeichneten Voraussetzungen, auch auf die Vergütung solcher infolge der Geschäftsführung geleisteter Dienste, für welche gewöhnlich eine Mühegebühr gegeben wird; eine Bestimmung, durch welche die freiwillige Sorge für fremde Angelegenheiten zur Verhütung von Nachtheilen wesentlich gefördert wird. Ist zur Uebernahme gewisser Geschäfte eine obrigkeitliche Ermächtigung nöthig, so kann derjenige, welcher sich solcher Geschäfte ohne jene Ermächtigung unterzogen hat, keinerlei Ansprüche gegen den Geschäftsherrn, auch nicht kraft dessen nachträglicher Genehmigung, erwerben, weil gegen ein im öffentlichen Interesse und aus Rücksichten auf die allgemeine Wohlfahrt erlassenes Verbot, selbst aus der Privatwillkür Derjenigen, für welche Fürsorge getroffen werden soll, Rechtsansprüche nicht abgeleitet werden können. Naheliegende Beispiele anzuführen, ist überflüssig. — Aber auch dann fällt jeder Ersatzanspruch des Geschäftsführers weg, wenn die Geschäftsführung in der Absicht, hieraus keinen Anspruch gegen den Geschäftsherrn zu erheben, unternommen wurde (vgl. Art. 92 Abs. 2 Thl. I.). Diese Absicht der Freigebigkeit wird jedoch nicht vermuthet, vielmehr besteht die regelmäßige Voraussetzung der Geschäftsführung darin, daß der Geschäftsführer in der Absicht, um hieraus einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn zu erhalten, handelt. Der Geschäftsherr hat daher die Absicht der Freigebigkeit zu beweisen, insoferne solche nicht schon aus der Persönlichkeit des Geschäftsführers, namentlich aus dem Verhältnisse desselben zu dem Geschäftsherrn und aus den übrigen Umständen klar hervorgeht. — Auch hier ist die nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn ohne Erheblichkeit, weil dadurch an dem ursprünglichen Mangel der Absicht des Geschäftsführers, den Geschäftsherrn zu verpflichten, nichts geändert wird.

In den **Art. 747, 748, 749** stellt der Entwurf noch einige allgemeine, auf das gegenseitige Rechtsverhältniß bei der Geschäftsführung anwendbare Bestimmungen im Einklange mit allerseits anerkannten Rechtssätzen auf, wobei es genügt, Folgendes zu bemerken. — War der Geschäftsführer in dem Glauben, das von ihm besorgte fremde Geschäft sey sein eigenes, so fehlt es auf seiner Seite an der Absicht, den Geschäftsherrn durch seine Handlungen zu verpflichten. Es kann ihm daher eine Ersatzklage gegen den letzteren nur unter der Voraussetzung und auf soweit zugestanden werden, als durch seine Handlung dem Geschäftsherrn eine Bereicherung ohne Rechtsgrund zugegangen ist. **(Art. 748.)** Der Fall, wenn Jemand ein Geschäft, welches er als ein fremdes erkennt, in Verfolgung seines eigenen Interesses führt, fällt, wie bereits oben erwähnt, unter die Bestimmung des Art. 743. — Für die Ansprüche des Geschäftsherrn ist es unerheblich, in welcher Meinung ein Dritter sich in seine Angelegenheiten eingemischt hat; es müssen ihm gegen den Geschäftsführer ganz dieselben Ansprüche, wie in anderen Fällen, zustehen. War sich insbesondere der Geschäftsführer zwar bewußt, daß er fremde Geschäfte besorge, hat er sich aber in der Person des Geschäftsherrn geirrt, so kann dieser Irrthum nicht in Betracht kommen; es ist vielmehr nur die thatsächlich ausgesprochene Absicht, den Herrn des Geschäftes

überhaupt zu verpflichten, sammt dem Zwecke der Geschäftsführung und dem Erfolge derselben, für das gegenseitige Rechtsverhältniß entscheidend. **(Art. 747.)** — Das Verhältniß der Geschäftsführung wird endlich durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer mit dem fremden Geschäfte zugleich sein eigenes besorgt. **(Art. 749.)** Stehen aber beide Geschäfte in einer solchen Verbindung, daß sie nur als eines und dasselbe erscheinen, und sind infolge der Art der Geschäftsführung die Voraussetzungen einer faktischen Gemeinschaft (vergl. Art. 586 und Motive dazu) gegeben, so kann selbstverständlich nicht mehr der Gesichtspunkt der Führung fremder Geschäfte, sondern nur jener der zufälligen Rechtsgemeinschaft maßgebend seyn; daher die hierüber geltenden Bestimmungen zur Anwendung kommen müssen.

Aus der Billigkeitsregel, daß Niemand sich mit dem Schaden des Anderen bereichern dürfe, hat eine mißbräuchliche Anwendung der gemeinrechtlichen actio de in rem verso häufig Folgerungen abgeleitet, durch welche die Natur des Schuldverhältnisses gänzlich verkannt wurde. Selbst einigen Gesetzgebungen (Pr. L. R. Th. I. Tit. 13 §. 262 ff., Oesterr. C. G. B. §. 1041) liegt die Anschauungsweise jener Praxis theilweise zu Grunde. — Der Entwurf gibt nur in dem Falle, wenn Derjenige, welcher ohne Auftrag und ohne spätere Genehmigung Geschäfte eines Anderen geführt hat, einem Dritten etwas schuldig geworden ist, was dem Geschäftsherrn durch Verwendung zu gute kam, dem Dritten einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn selbst und zwar mittelst der Abtretung jener Klage an ihn, welche dem Geschäftsführer gegen den Prinzipal aus der Geschäftsführung zusteht. — In diesem Falle wird ein Schuldverhältniß zwischen dem dritten Gläubiger und dem Geschäftsherrn dadurch vermittelt, daß der durch eine Verwendung aus dem Vermögen eines Anderen (des Gläubigers) Bereicherte als Prinzipal jenes Dritten haftet, welcher dem ersteren den Gegenstand der Verwendung schuldig geworden ist. Es erscheint daher gerechtfertiget, um den dritten Gläubiger vor Schaden zu bewahren, ihm gegen den Geschäftsführer einen Anspruch auf Abtretung der diesem gegen seinen Prinzipal zustehenden Klage zu geben, falls er nicht vorzieht, sich an den Geschäftsführer selbst aus dem mit diesem abgeschlossenen Geschäfte zu halten. Der Anspruch des Dritten auf Abtretung der Klage des Geschäftsführers kann auch dadurch nicht bedingt seyn, daß der Geschäftsführer bei dem Geschäftsabschlusse den Geschäftsherrn als Prinzipal dem Dritten gegenüber bezeichnete, weil auch im entgegengesetzten Falle der Geschäftsherr die aus dem Vermögen des Dritten bewirkten Vortheile aus der Geschäftsführung nicht ziehen darf, ohne auch die damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten zu übernehmen. Wäre aber auch der Geschäftsführer eine Person, deren Handlungsfähigkeit eine beschränkte ist, welche daher dem dritten Gläubiger auch nur wieder in beschränkter Weise aus dem Geschäfte haften würde, so ist hiedurch kein Anlaß zu einer besonderen gesetzlichen Bestimmung gegeben, weil der Anspruch eines solchen Geschäftsführers gegen den Prinzipal, den er an den dritten Gläubiger abzutreten hat, ein unbeschränkter ist, der letztere daher in solchem Falle jederzeit die Abtretung der Klage verlangen, nicht aber den Geschäftsführer selbst belangen wird. — Macht der Dritte

von dem ihm wahlweise zustehenden Rechte Gebrauch, so verliert er mit der Geltendmachung des einen Rechtsmittels nicht sofort auch das andere; vielmehr bleibt ihm auf den Betrag, welchen er von dem Geschäftsführer oder dem Geschäftsherrn nicht erlangt, die entsprechende Klage gegen den Anderen vorbehalten. **(Art. 750.)**

Oft beruht die Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Dritten nicht auf einem Vertragsverhältnisse, sondern auf einem eigenmächtigen Zugriffe auf die Sache des Dritten, sey es aus Irrthum oder auch wissentlich, wie z. B. in Nothfällen, in welchen die Sache zur Rettung des Eigenthums Anderer verwendet wird. In diesen Fällen müssen aus gleichen Gründen die eben erörterten Bestimmungen maßgebend seyn. Ist aber der Zugriff auf fremdes Eigenthum in Fällen öffentlicher Gefahr infolge obrigkeitlicher Anordnung geschehen, so erscheint es angemessen, die betreffende Gemeinde, in deren allgemeinem Interesse die Anordnung geschah, indem sich die Ausdehnung der Gefahr im Momente ihrer Entstehung nicht bemessen läßt, zur Entschädigung des Eigenthümers zu verpflichten, derselben aber den Rückgriff gegen den schuldhaften Urheber jener Gefahr und, wenn dieser Rückgriff unstatthaft oder unzureichend ist, gegen diejenigen zu geben, in deren Interesse zunächst das fremde Eigenthum verwendet wurde, und zwar nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über die Geschäftsführung und nach dem Maße ihrer Betheiligung an der Gefahr. Insoferne das Gesetz vom 17. November 1837 über die Zwangsabtretung von Grundeigenthum für öffentliche Zwecke bereits für Fälle dieser Art Verfügungen getroffen hat, war hiefür der entsprechende Vorbehalt zu machen. **(Art. 751.)**

Die Schlußbestimmung bezüglich der Ansprüche des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer in **Art. 752** bedarf als selbstverständlich keiner Rechtfertigung.

Achtzehntes Hauptstück.

Auslobung.

Es geschieht häufig, daß Jemand zur Erreichung persönlicher Zwecke oder auch im höheren Interesse für Wissenschaft, Kunst, Industrie durch öffentliche Bekanntmachung einen Preis oder eine Belohnung für die Lieferung eines bestimmten Werkes oder für eine andere bestimmte Handlung zusagt. Ueber die bindende Kraft einer solchen Zusage, sowie über die Natur der hieraus entstehenden Rechtsverhältnisse herrschen verschiedene Ansichten, und die Anwendung der allgemeinen Grundsätze bietet mehrfache Schwierigkeiten dar. Es erscheint daher angemessen, den Gegenstand, welcher in unserer Zeit eine höhere praktische Wichtigkeit erlangt hat, in den Bereich des Civilgesetzbuches zu ziehen.

Die Einseitigkeit der Zusage und der Mangel einer bestimmten Person, an welche sie gerichtet ist, kann vor Allem kein ernstes Bedenken dagegen begründen, daß derselben unter den im **Art. 753 und 754** aufgestellten Voraussetzungen eine verbindende Wirksamkeit gegen den Auslobenden beigelegt werde. Das durch die Bekanntmachung an Jedermann gerichtete Anerbieten wird von demjenigen, welcher demselben Genüge leistet, acceptirt und dadurch ein vollständiges Vertragsverhältniß abgeschlossen. Häufig ist die durch die Auslobung hervorgerufene Leistung mit großen Anstrengungen, Kosten und Zeitaufwand verbunden, es kann daher demjenigen, der dieselben veranlaßt, nicht gestattet seyn, durch Versagung des Versprochenen einen Andern in Schaden zu versetzen. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß die Zusicherung eine bestimmte, lediglich durch die Erfüllung der vorgeschriebenen Anforderungen bedingte sey. Hierin unterscheidet sich dieses Rechtsgeschäft wesentlich von den öffentlichen Anerbietungen zum Verkauf oder Einkauf von Waaren und anderen Gegenständen, oder zur Annahme oder Leistung von Diensten u. dgl. Hier entstehen Rechte und Verbindlichkeiten erst durch den wirklichen Vertragsabschluß; bis zu diesem ist dem Anerbietenden der Rücktritt unbenommen.

Die Eigenthümlichkeit dieses Rechtsgeschäftes bringt es mit sich, daß die Modalitäten und Bedingungen desselben durch den Auslobenden vermittelst der von ihm ausgehenden Bekanntmachung bestimmt werden, weßhalb der **Art. 754** vor Allem den Inhalt der Auslobung als maßgebend für die gegenseitige Berechtigung und Verpflichtung erklärt. Nur soweit die Auslobung selbst nicht entscheidet, treten die gesetzlichen Vorschriften in Wirksamkeit.

Hinsichtlich der Frage über die Zulässigkeit des Widerrufes, muß im Allgemeinen die Analogie der Grundsätze maßgeben, welche über den Vertragsabschluß unter Abwesenden aufgestellt sind. Eine erhebliche Abweichung ergibt sich jedoch aus der bereits oben entwickelten besonderen rechtlichen Natur der Auslobung. Während der Art. 8 festsetzt, daß, wer einem Anderen eine bestimmte Zeit zur Annahme des ihm gemachten Anerbietens vorsteckt, innerhalb dieser Zeit in der Regel das Anerbieten nicht widerrufen kann, gewährt der **Art. 755 Abs. 1** dem Auslobenden unter allen Umständen den Widerruf so lange, als nicht die durch die Auslobung veranlaßte Leistung bereits bewirkt ist; denn, auch wenn der Auslobende für die verlangte Leistung eine bestimmte Frist gesteckt hat, so ist damit doch noch kein Gläubiger gegeben; dieser tritt immer nur mit der Leistung selbst auf und erst mit seinem Auftreten wird die Handlung des Auslobenden eine obligatorische. Zufolge der weiteren Bestimmungen des Artikels wird aber der Auslobende dennoch zum Ersatze verpflichtet, wenn Jemand in Folge der Auslobung vor deren Widerruf Arbeit oder Kosten aufgewendet hatte, weil es unbillig wäre, daß derjenige in Schaden käme, der in gutem Glauben der Aufforderung des Auslobenden gefolgt ist.

Es ist möglich, daß nur Eine Person sich durch Erfüllung der in der Auslobung geforderten Leistung als Gläubiger darstellt, und dann regulirt sich das ganze Verhältniß von selbst. Haben dagegen mehrere Personen die in der Aus-

lobung bezeichnete Leistung erfüllt, so fragt es sich, welche von ihnen als Gläubiger gelten soll. Hier muß vor Allem unterschieden werden, auf welche Art von Leistung die Auslobung gerichtet ist. Wird für Lieferung eines Werkes ein Preis ausgesetzt, so ist regelmäßig die Intention des Auslobenden darauf gerichtet, eine Preisbewerbung hervorzurufen, bei welcher der Preis nur Einem, — dem Vorzüglichsten, — zugedacht wird. Selbst wenn mehrere gleichvorzügliche Leistungen erfolgen sollten, kann der Auslobende nicht zu mehrfacher Gegenleistung angehalten werden, da er nur Einen Preis ausgelobt hat, sondern es muß die Regel, daß bei einer Mehrheit von Gläubigern jeder zu gleichen Theilen berechtiget ist (Art. 220), auch hier Platz greifen. Ist jedoch der Preis untheilbar, dann ist diese Regel nicht anwendbar, da sich hier eine auf Theilung gerichtete Absicht nicht annehmen läßt. Es bleibt daher nur die Entscheidung durch das Loos übrig. Waren mehrere verschiedene Preise versprochen, so sind diese selbstverständlich nach Verhältniß der Güte der Leistungen zu vertheilen.

Eine Preisbewerbung setzt ihrem Begriffe nach eine abgegränzte Zeit voraus, innerhalb welcher die verschiedenen Leistungen vorliegen müssen, weil es außerdem niemals sicher würde, welche Leistung als die beste und daher des Preises würdige anzusehen sey, und die Verbindlichkeit des Auslobenden eine unbegrenzte, also gesetzlich unzulässige wäre. **(Art 758.)** Werke, welche nach Ablauf der ausdrücklich bestimmten Zeit erst geliefert werden, können um den Preis nicht konkurriren; dagegen ist auch der Auslobende nicht berechtiget, den einmal festgesetzten Termin beliebig abzukürzen.

Wenn die Auslobung auf eine andere Leistung als die Lieferung eines Werkes gerichtet, oder in dem letzteren Falle die Absicht, eine Preisbewerbung hervorzurufen, nicht vorhanden ist, so wird regelmäßig die Intention des Auslobenden darauf gehen, ebenfalls nur demjenigen, welcher zuerst der Auslobung nachkommt, die Belohnung zuzuwenden. **(Art. 759.)**

Der **Art 760** trifft für eine unparteiische Prüfung der in Folge der Auslobung geschehenen Leistung Vorsorge, und die hier gegebenen Direktiven sind insbesondere nothwendig, damit nicht der Auslobende unter dem Vorwande, die Leistung sey nicht sachentsprechend, sich nachträglich seiner Verpflichtung entziehe. Die Fassung des Artikels schließt übrigens nicht aus, daß der Auslobende in der Auslobung sich allein die Billigung vorbehält, sie läßt auch die Vereinbarung zu, daß die Sachverständigen nicht nach einfacher Stimmenmehrheit sondern in anderer Weise entscheiden sollen.

Die Vorschrift des **Art. 761** endlich beruht auf der Erwägung, daß der in der Auslobung versprochene Preis regelmäßig, wenn es sich um Lieferung eines Werkes handelt, nicht als Kaufpreis, sondern als Belohnung für die Produktion sich darstellt, und daher, soweit nicht der Zweck der Auslobung eine Verfügung über das gelieferte Werk nothwendig macht, dem Urheber sein Eigenthumsrecht vorbehalten bleiben muß.

Neunzehntes Hauptstück.

Glücksverträge.

Gewisse Verträge zeichnen sich durch das gemeinsame Merkmal aus, daß der Erfolg des Geschäftes — Vortheil und Nachtheil, Gewinn und Verlust — für den einen oder für den andern Theil von ungewissen, meistens zukünftigen Ereignissen abhängig gemacht ist. Es gehören hieher, außer dem schon oben behandelten Hoffnungskaufe, die Glücksverträge im engeren Sinne: Wette, Spiel, Lotterie, sodann der Leibrenten-, Leibgedings- und Versicherungsvertrag. Allgemeine Grundsätze lassen sich für diese verschiedenen Gattungen von Verträgen, ungeachtet jenes gemeinschaftlichen Merkmales, nicht wohl aufstellen; sie sind daher in den folgenden Abtheilungen besonders behandelt.

1) Wette.

Die Wette unterscheidet sich von dem Spiele dadurch, daß sie einen Meinungsstreit voraussetzt, von dessen Entscheidung der Wettpreis abhängig gemacht wird, was bei dem Spiele nicht der Fall ist. Beide haben aber in anderer Beziehung sehr nahe Verwandtschaft, und man kann füglich manche Spiele als eine Reihenfolge von Wetten betrachten. Deßhalb behandelt auch der Entwurf beide im Wesentlichen nach gleichen Grundsätzen.

Der Gefahr leichtsinniger, in die Vermögensverhältnisse zu tief eingreifender Wetten wird dadurch entgegengewirkt, daß das Gesetz kein Klagerecht auf Zahlung des Wettpreises gestattet. Die Wette wird nur alsdann wirksam, wenn der Wettpreis freiwillig bezahlt, oder wenn die Wettenden sich desselben durch Einsetzen oder Hinterlegung gewissermaßen zum Voraus entäußert haben. **(Art. 764.)** Diese Absicht des Gesetzes wird um so sicherer dadurch erreicht, daß selbst dem Dritten, welcher wissentlich zur Bestreitung des Wettpreises ein Darlehen vorgeschossen hat, soferne dasselbe hierzu verwendet wurde, kein Schutz zur Geltendmachung eines darauf zu gründenden Anspruches gewährt, und daß der für Wettschulden geleisteten Bürgschaft die rechtliche Giltigkeit versagt wird. **(Art. 767.)**

In der Wesenheit der Wette liegt es, daß dieselbe für alle Theile ein Wagniß sey. Damit würde es im Widerspruche stehen, wenn der Eine bei Abschließung der Wette über die von dem anderen Theile bestrittene Thatsache, mithin über den seiner Behauptung entsprechenden Ausgang der Wette volle Gewißheit gehabt, es wäre denn, daß er solches dem Gegner erklärt und dieser dennoch auf der Wette bestanden hätte. Ebenso unzulässig ist es, daß ein Theil gegen den anderen sich einer rechtswidrigen Täuschung oder anderer unerlaubten Mittel bedient. Solche Wetten erklärt der **Art. 765 Abs. 1** und **2** für ungiltig, mit der Folge, daß der bezahlte Preis zurückgefordert werden kann. Dasselbe gilt von solchen Wetten, durch welche eine unerlaubte oder unsittliche Handlung her-

vorgerufen würde, ohne Unterschied, ob dieses durch die Thätigkeit der Wettenden selbst oder durch Einwirkung auf einen Dritten geschähe. **(Art. 765 Abs. 3.)**

Dagegen liegt darin, daß einer der Wettenden eine Behauptung aufstellt, deren Ungrund ihm bereits bekannt ist, und sich so geflissentlich dem vorausgesehenen Verluste der Wette unterwirft, unverkennbar eine Schenkung. **(Art. 766.)**

2) Spielvertrag.

Ueber die legislative Behandlung des Spielvertrages herrscht eine große Verschiedenheit der Ansichten. Die Bestimmungen des römischen Rechtes stimmen mit unseren Sitten nicht mehr überein, und jeder Versuch der Vermittlung muß nothwendig zu falschen Resultaten führen. Man hat vielfach der Beurtheilung der rechtlichen Folgen des Spielvertrages die Eintheilung der Spiele in Kunstspiele, reine Glücksspiele und gemischte zu Grunde gelegt. Sie bietet aber kein civilrechtlich brauchbares Ergebniß dar. Auch ein Hazardspiel wird häufig blos zum Zwecke der geselligen Unterhaltung gespielt, und die Absicht der Bereicherung kommt dabei gar nicht oder nur in sehr untergeordneter Weise vor. Nur dieser Charakter der Gewinnsucht und die daraus hervorgehenden Gefahren für Vermögen und Sittlichkeit bieten aber einen ausreichenden Grund dar, solchen Spielen durch die gesetzliche Reprobation entgegenzuwirken. Auf der anderen Seite kann ein gemischtes (Commerce-), ja selbst ein reines Kunstspiel als ein gefährliches und verderbliches Wagniß in dem angedeuteten Sinne mißbraucht werden. Mag daher von dem polizeilichen Standpunkte den Hazardspielen durch Verbote und Strafverfügung entgegen gewirkt werden, für die civilrechtlichen Folgen empfiehlt sich für alle Spiele ohne Unterschied das auch für die Wette aufgenommene System des französischen Civilrechtes: Versagung des richterlichen Schutzes für alle durch das Spiel begründeten Ansprüche. Die Ausnahmen des Artikels 1966 des französischen Gesetzbuches zu Gunsten solcher Spiele, welche zur Beförderung körperlicher Gewandtheit dienen — analog der römischen Begünstigung der ludi qui virtutis causa fiunt — wurde schon deßhalb nicht aufgenommen, weil bei den Uebungen, welche nach unseren Sitten hier etwa Berücksichtigung verdienen könnten: Scheibenschießen, Wettrennen u. dgl., stets zum Voraus eingesetzt und der Gewinn sogleich realisirt wird, sonach die aufgestellten Grundsätze genügen, während die Gewährung eines Schutzes für einen geborgten Gewinn auch hier ähnlichen Bedenken, wie bei anderen Spielen unterworfen wäre. **(Art. 768—770.)**

3) Lotterie.

Ein reines Glücksspiel in größeren Dimensionen bildet die Lotterie und das Ausspielgeschäft. Die Anlockung, welche sie der Gewinnsucht und dem Leichtsinne durch die Aussicht auf einen großen Erfolg gegen einen geringen Einsatz bieten und welche geeignet ist, Viele ins Verderben zu führen, sowie die leichte Möglichkeit einer Hintergehung der Betheiligten, machen hier eine Ueberwachung durch die Staatsgewalt nothwendig. Zum Rechtsbestande des Geschäftes wird daher die obrigkeitliche Genehmigung des Spielunternehmens gefordert. **(Art. 771).**

Die Abschließung eines förmlichen Vertrages findet zwischen den Parteien nicht statt; sie liegt in der Annahme des Einsatzes oder in der Hinausgabe der Loose, welche als Beurkundung der Anwartschaft auf den planmäßigen Gewinn gelten. Ein weiterer Nachweis als der Besitz des Looses kann auch darum für den rechtmäßigen Erwerb desselben nicht wohl verlangt werden, weil dergleichen Loose, wie andere Werthpapiere auf den Inhaber häufig einen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden. **(Art. 772).** Dagegen hat der Unternehmer Anspruch auf den im Lotterie- oder Ausspielplane festgesetzten Preis gegen denjenigen, welcher sich zur Theilnahme durch die Abnahme eines Looses oder durch die Einzeichnung in die dazu bestimmte Liste verpflichtet hat, und ein einseitiger Rücktritt von dem dadurch geschlossenen Vertrage findet nicht statt. **(Art. 773).** Ebenso wenig kann sich der Unternehmer der durch den Vertrag einmal begründeten Verpflichtung zur Vollziehung der gegebenen Zusagen willkürlich entziehen. Jeder Unterzeichner der Theilnehmerliste oder Abnehmer eines Looses hat darauf ein erworbenes Recht, welches, abgesehen von besonderen rechtswirksamen Vorbehalten, davon nicht abhängen kann, ob der Unternehmer bis zu dem zur Ziehung festgesetzten Zeitpunkte alle Loose abgesetzt oder die planmäßige Zahl von Theilnehmern gefunden habe; denn auch in diesem Falle wird der dem Spiele zu Grunde liegende aleatorische Vertrag dadurch vollzogen, daß der Unternehmer für die ihm verbliebenen Loose auf seine eigene Rechnung mitspielt. **(Art. 774.)**

Spiele solcher Art sind nicht auf Kreditirung der genommenen Loose berechnet, diese müssen bei der Abnahme bezahlt werden. Ist dieses nicht geschehen, so kann dem Unternehmer nicht zugemuthet werden, den Inhaber an der Loosziehung Theil nehmen zu lassen, mit der Gefahr, von demselben keine Zahlung zu erhalten, wenn dessen Loos leer ausgeht. Er muß daher berechtigt seyn, mit dem unbezahlten Loose auf seine eigene Rechnung mitzuspielen. Will aber der Unternehmer dennoch bei der Vollziehung des geschlossenen Spielvertrages stehen bleiben, so muß ihm auch dieses unbenommen seyn. Zur Beurtheilung der von dem Unternehmer getroffenen Wahl ist es nothwendig, einen bestimmten Anhaltspunkt gesetzlich festzusetzen. Der **Art. 775** verlangt zu diesem Zwecke die öffentliche Beurkundung der Erklärung des Unternehmers auf den Fall, daß er sich für die Rückziehung des Looses entscheidet. Auch dafür muß durch das Gesetz Vorsehung getroffen werden, wenn, wie es häufig geschieht, Loose versendet werden, ohne daß der Empfänger sie verlangt oder sich zu ihrer Annahme bereit erklärt hat. Eine solche unerbetene Zusendung ist nicht geeignet, dem letzteren irgend eine Verpflichtung aufzulegen, selbst jene nicht, das Loos zurückzusenden. Dagegen kann aber auch diese Unthätigkeit des Empfängers den Schluß nicht begründen, daß er sich zur Betheiligung an dem Spiele entschlossen habe. Es wird hiezu vielmehr seine ausdrückliche Erklärung erfordert. **(Art. 776.)**

Zwanzigstes Hauptstück.

Leibrentenvertrag und Leibgeding.

1. Leibrentenvertrag.

Die beiden obengenannten Verträge gehören zu den Glücksverträgen im weiteren Sinne, indem es von der ungewissen Dauer der versprochenen Leistung abhängt, ob das Geschäft für die eine oder für die andere Partei vortheilhaft oder nachtheilig seyn werde. Unter sich unterscheiden sie sich wie Gattung und Art, indem auch das Leibgeding einen Leibrentenvertrag bildet, welcher nur wegen des besonderen Umstandes, daß derselbe mit einer Gutsübergabe verbunden ist, einiger eigenthümlicher Verfügungen bedarf, während im Uebrigen die Bestimmungen über den Leibrentenvertrag ebenfalls Anwendung finden. **(Art. 799.)**

Durch den Leibrentenvertrag werden gegen einen Preis, der sowohl in einer Kapitalsumme als auch in einzelnen Geldleistungen oder in anderen Sachen bestehen kann, auf die Lebenszeit einer gewissen Person periodisch widerkehrende Leistungen versprochen. **(Art. 777, 779 Abs 1.)** Diesen Vertrag als Kauf aufzufassen, ist unpassend. Es besteht namentlich kein praktisches Bedürfniß dafür, daß das Aequivalent der Rente in Geld festgesetzt werde (vergl. Art. 264), weßhalb der Entwurf für den Fall, daß der Preis in einer Sache besteht, die Festsetzung ihres Werthes durch die Kontrahenten nicht verlangt.

Der Leibrentenvertrag ist schon wegen der längeren Fortdauer seiner Wirksamkeit geeignet, der schriftlichen Errichtung unterworfen zu werden. Bei Aktiengesellschaften und anderen Anstalten, welche sich jetzt häufig mit solchen Geschäften befassen, ist ohnehin die schriftliche Form schon durch den Geschäftsgang bedingt. **(Art. 778.)**

Die Leistungen, welche den Gegenstand der Leibrente bilden, können sehr verschiedener Art seyn. Es kommt häufig vor, daß sie im Vertrage nicht einzeln genannt werden, indem die Versorgung oder Ernährung im Allgemeinen dem Gläubiger zugesichert wird, ohne daß die Fassung des Vertrages oder andere Umstände, welche die Absicht der Kontrahenten mit Sicherheit entnehmen ließen, eine nähere Bestimmung an die Hand geben. Damit in solchen Fällen über den Umfang der Verbindlichkeiten des Rentenschuldners keine Schwierigkeiten entstehen, bezeichnet der **Art. 779 Abs. 2** die Leistungen, welche als unter jener allgemeinen Bezeichnung begriffen anzunehmen sind.

Die aleatorische Natur des Vertrages bringt es mit sich, daß die Parteien hinsichtlich des Verhältnisses des Preises zu den versprochenen Leistungen nicht beschränkt werden können; namentlich kommt der Zinsfuß hinsichtlich des Preises hier gar nicht in Betracht. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Bestimmungen über Schenkung auch hier zur Anwendung kommen, wenn ein auffallendes, selbst unter der Unterstellung einer ungewöhnlich langen Lebensdauer nicht zu verkennendes Mißverhältniß zwischen dem Preise und den Leistungen und den

übrigen Umständen des gegebenen Falles die Absicht der Schenkung unzweifelhaft ergeben. Der Entwurf gibt hierüber keine besonderen Bestimmungen, und beläßt es daher bei den allgemeinen Grundsätzen über Schenkung. (Art. 93 Thl. I.) Es würde insbesondere zu weit geführt haben, über die Werthschätzung der Leibrente im Hinblicke auf ihre ungewisse Dauer allgemein giltige Vorschriften zu ertheilen. Gleiche Freiheit wird den Parteien hinsichtlich der Bestimmung der Person zugestanden, zu deren Vortheil die Rente bestellt wird, oder deren Leben die Fortdauer des Rentenbezugs für den Berechtigten bedingen soll. Da die Sicherung des Lebensunterhalts des Rentengläubigers in der Regel den Zweck der Rentenbestellung bildet, so muß angenommen werden, daß die Leibrente auf die Lebensdauer des letzteren versprochen sey, wenn hierüber ein Zweifel besteht. Ergibt sich, daß die Person, auf deren Lebensdauer die Rente gestellt ist, schon zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht mehr vorhanden war, so zerfällt der Vertrag aus dem auch dem Art. 25 zu Grunde gelegten Gesichtspunkte von selbst. **(Art. 781.)**

Ueber die Zeit, zu welcher die Rentenleistungen zu erfolgen haben, wird der Vertrag in der Regel maßgebend seyn. Für den möglichen Fall, daß darüber keine Vorsehung getroffen seyn sollte, bedarf es eines positiven gesetzlichen Anhaltspunktes, welchen der Entwurf im **Art. 782** aufstellt, wobei die Vorauszahlung des Rentenzieles als Regel angenommen wird, mit der weiteren Bestimmung **(Art. 783 Abs. 1)**, daß mit dem Eintritte des Zieles die Forderung des Betrages für den ganzen Zeitabschnitt begründet ist, wenn auch der Rentenberechtigte oder derjenige, auf dessen Lebensdauer die Rente gestellt ist, vor dem Ende desselben stirbt. Beide Bestimmungen sind dem analog, was der Art. 103 für die Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen vorschreibt, weil auch bei der Leibrente in der Regel ein gleicher Zweck unterstellt ist. Ist aber zwischen den Kontrahenten festgesetzt, daß die Rente nicht zum Voraus sondern zu Ende eines jeden Zeitabschnittes geleistet werden soll, so muß eher angenommen werden, daß nicht die Befriedigung des unmittelbaren Lebensbedürfnisses der Zweck der Rentenbestellung gewesen sey. Hier fällt die Analogie der Verpflichtung zur Alimentation hinweg, und der Umfang der Verpflichtung muß, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, genau nach der Dauer des Schuldverhältnisses bemessen werden. **(Art. 783 Abs. 2.)** Wenn die Rente nicht auf die Lebensdauer des Gläubigers sondern auf jene des Rentenschuldners oder einer dritten Person bedungen ist, so ist nicht anzunehmen, daß die Kontrahenten beabsichtiget haben, sie als ein höchst persönliches Recht des Gläubigers gelten zu lassen, und die Transmission der Forderung nach dem Tode desselben auf seine Erben muß hier, wie bei einer gewöhnlichen Forderung, eintreten. **(Art. 784.)** Die gemeinschaftliche Bestellung einer Rente für mehrere Personen auf ihre Lebensdauer ist, nach allgemeinen Grundsätzen, so aufzufassen, als wäre sie für jeden besonders zu dem auf ihn fallenden Kopftheil bestellt. Soll der Antheil des Verabsterbenden den Ueberlebenden zuwachsen, so muß dieses ausdrücklich verabredet werden, wie bei den Tontinenanstalten der neueren Zeit geschieht. Ist dagegen die Rente auf die Lebensdauer

mehrerer Schuldner oder dritter Personen gestellt, so kann dies nicht wohl anders verstanden werden, als daß der Bezug der Rente fortdauern soll, bis die letzte der bezeichneten Personen stirbt. **(Art. 785.)**

Die Leistung der Rente kann unter gewissen Umständen für den Schuldner so lästig werden, daß es für ihn vortheilhafter wäre, vom Vertrage, selbst unter Verzichtleistung auf alles, was er bisher geleistet hat, abzugehen, und sich durch Rückzahlung des empfangenen Preises von seiner Verbindlichkeit für die Zukunft zu befreien. Hierin würde jedoch ein den allgemeinen Grundsätzen über den Vollzug der einmal eingegangenen Verbindlichkeit und der aleatorischen Natur dieses Vertrages zuwiderlaufender Vertragsbruch liegen, welchem gegen den Widerspruch des Gläubigers nicht stattgegeben werden kann. Aus demselben Grunde kann der Gläubiger keinen Anspruch auf Rückgabe des bezahlten Preises oder eines Theils desselben auf den Umstand gründen, daß der Bezug der Rente gegen Erwarten nur kurze Zeit gedauert hat. **(Art. 786.)**

Für den Fall des Verzuges des Rentenschuldners kann der strengen Vorschrift des Art. 138, wonach der Gläubiger zur Auflösung des Vertrages berechtiget wäre, wegen der besonderen Natur dieses Verhältnisses nicht stattgegeben werden. Ohne offenbare Ungerechtigkeit könnte dem Rentenschuldner im Falle der Auflösung die Rückforderung seiner bisherigen Leistungen, nach Abrechnung dessen, was ihm aus dem empfangenen Preise durch Zinsen- und Früchtegenuß zu gut gekommen ist, nicht versagt werden. Diese Liquidation würde aber in vielen Fällen besonders alsdann, wenn die Rente während eines langen Zeitraumes geleistet worden ist, mit großen Schwierigkeiten und Verwickelungen verbunden seyn. Das Interesse des Gläubigers wird aber durch die Bestimmungen der **Art. 787 u. 788** vollständig gewahrt.

Das Gewicht dieser besonderen Verhältnisse wurde auch für den Fall als überwiegend erachtet, wenn die Rente nicht als das volle Aequivalent des Preises sondern nur als die Auflage einer Schenkung erscheint, daher nach dem Grundsatze des Art. 108 Thl. I. wegen Nichterfüllung des Vertrages der Widerruf begründet wäre.

In der entgegengesetzten Richtung trifft der **Art. 786** zu Gunsten des Schuldners Fürsorge für den Fall, daß der Gläubiger sich im Verzuge der Annahme der ihm angebotenen vertragsmäßigen Leistungen befindet. Nur in einem Falle wird dem Gläubiger die Auflösung des Vertrages wegen Nichterfüllung desselben von Seiten des Rentenschuldners zugestanden; nämlich wenn dieser die wegen Erfüllung des Vertrages *ausbedungene* Sicherheit nicht leistet und dadurch dem Gläubiger die Garantie des vertragsmäßigen Vollzuges entzieht, welche derselbe zur Bedingung des Vertragsabschlusses gemacht hat. Sowohl in diesem Falle, als auch dann, wenn der Vertrag für nichtig erklärt oder durch den Eintritt einer Resolutivbedingung aufgelöst wird, muß nothwendig die Wiederherstellung der früheren Sachlage eintreten. Der Gläubiger erhält den bezahlten Preis zurück und hat dagegen die bis dahin gezogenen Renten zu ersetzen, soweit sie die gesetzlichen Zinsen des bezahlten Preises oder des Werthes übersteigen, den die als

Preis gegebenen Sachen und Leistungen zur Zeit des Vertragsabschlusses gehabt haben. **(Art. 790.)**

Bei dem Erlöschen der Rentenschuld durch den Tod der Person, auf deren Lebensdauer die Leibrente versprochen war, kommt es nicht darauf an, ob dieser Tod natürlicher oder gewaltsamer Weise erfolgt ist, insoferne dieses Ereigniß nicht durch den Schuldner selbst herbeigeführt wurde. In dem letzteren Falle kann er aus einer rechtswidrigen Handlung keinen Vortheil ziehen. Hat er den Tod der betreffenden Person vorsätzlich veranlaßt, oder sein eigenes Leben, wenn die Dauer der Rente auf dieses gestellt ist, durch Selbstmord oder durch Verwirkung der Todesstrafe verloren und dadurch die weitere Realisirung des Vertrages unmöglich gemacht, so steht dem Gläubiger die Rückforderung des bezahlten Preises zu, und es wird ihm, wegen der strafbaren Natur des Vertragsbruches, selbst nicht zugemuthet, den den Betrag des Zinsengenusses von dem Rentenpreise übersteigenden Werth des bisherigen Rentenbezuges heraus zu zahlen. **(Art. 791.)**

Die Leibrente kann in der Art bestellt werden, daß dem Gläubiger die unmittelbare Verpflegung versprochen wird. Die hierdurch bedingten fortwährenden persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien haben öfters schwere Mißhelligkeiten zur Folge. Eigennutz und Rohheit von der einen, Unverträglichkeit von der andern Seite können das Verhältniß für den Gläubiger oder für den Schuldner zur unerträglichen Qual machen, und selbst die persönliche Sicherheit derselben gefährden. Hier gewähren die Vorschriften der **Art. 787 — 789** keine Abhilfe; es erscheint deßhalb zweckmäßig, die Beseitigung eines solchen Mißstandes dadurch möglich zu machen, daß dem schuldlosen Theile gestattet wird, die Umwandlung der Naturalleistung in eine entsprechende Geldprästation zu verlangen. **(Art. 792.)**

Die Bestimmungen des vorliegenden Hauptstückes haben zunächst den onerosen Rentenvertrag zum Gegenstande. **(Art. 777.)** Soweit sie jedoch nicht mit dieser Entgeltlichkeit in besonderer Beziehung stehen, passen sie vollkommen auch auf solche Leibrenten, welche durch Schenkung unter Lebenden oder durch Vermächtniß bestellt werden, und es würde zu einer reinen Wiederholung führen, wenn man den Gegenstand auch in den diese Rechtsgeschäfte betreffenden Abtheilungen des Gesetzbuches behandeln wollte. Jener Theil der gegebenen Vorschriften wird daher im **Art. 793** auf die genannten Verhältnisse für anwendbar erklärt. Unter diese wurde der **Art. 788 Abs. 2 u. 3** nicht aufgenommen, weil es bedenklich erschien, bei einer durch ein Schenkungsversprechen zugewendeten Rente dem Gläubiger für den Fall der unterlassenen Reichung die in jenem Artikel bezeichneten weitgreifenden Maßnahmen zu gestatten.

2) Leibgeding.

Die Gutsübergabe, unter der Belastung des Gutsübernehmers mit der Reichung des lebenslänglichen Unterhalts an den Uebergeber, wird gewöhnlich von Eltern und anderen Anverwandten im vorgerückten Alter und in dem Bewußtsein der eintretenden Altersschwäche vorgenommen. Schon die Rücksicht auf diese per-

sönlichen Verhältnisse, sowie auf die Verwickelungen und Streitigkeiten, welche ein solcher Vertrag in der Familie zu veranlassen geeignet ist, wenn auf seinen Inhalt nicht besondere Ueberlegung und Sorgfalt verwendet wird, macht die Einwirkung eines kundigen, erfahrenen öffentlichen Beamten wünschenswerth. Dieser Vertrag bezweckt aber auch zugleich eine Veräußerung von Liegenschaften, und bedarf daher als solcher einer öffentlichen Beurkundung. Der **Art. 795** bindet daher die Giltigkeit des Vertrages an die Errichtung durch einer solchen. Außerdem wird, dem Systeme des Entwurfes entsprechend, zur Wirksamkeit des Vertrages gegen Dritte, seine Veröffentlichung durch das Grund- und Hypothekenbuch verlangt. Der Entwurf trifft sodann für einige besondere Fälle Fürsorge, welche in diesem Verhältnisse vorkommen können. Hieher gehört die im **Art. 796** behandelte Frage über das Surrogat der ausbedungenen Wohnung im Falle des zufälligen Untergangs des Gebäudes, ferner das Verhältniß, welches eintritt, wenn eine von den Personen stirbt, welche sich den Austrag gemeinschaftlich und ohne Ausscheidung bedungen haben. Für diesen letzten Fall hat man von mehreren Seiten angenommen, daß der Antheil des Verstorbenen an den bedungenen Leistungen, soweit sie überhaupt theilbar sind, dem Schuldner heimfalle oder erlösche; dieses entspricht bei näherer Betrachtung den hier maßgebenden Verhältnissen nicht. Wenn eines von zwei alten Eheleuten oder Geschwistern stirbt, so genügt keineswegs die Hälfte der bisherigen Leistungen zum Unterhalte des Ueberlebenden. Es kann sogar geschehen, daß das Bedürfniß sich für denselben vielmehr steigert, wenn die Thätigkeit des verstorbenen Theils im gemeinsamen Haushalte, in der persönlichen Hilfeleistung, jetzt durch fremde Hände ersetzt werden muß. Es erscheint daher sachgemäß, die Fortdauer des ganzen Leibgedings als muthmaßliche Absicht der Parteien anzunehmen, gleich als ob der Austrag auf den Kopf des Längstlebenden bedungen wäre. **(Art. 797.)** Endlich sieht der **Art. 798** den Fall vor, daß der Austragsberechtigte nach Abschließung des Vertrages sich verheirathet. Es kann dadurch eine Erweiterung des Austragsrechtes zum Nachtheil des Belasteten nicht begründet werden, was geschehen würde, wenn die neue Familie in die gemeinschaftliche Wohnung aufgenommen werden müßte. Ist dagegen dem Berechtigten eine abgesonderte Wohnung ausbedungen, so ist die Aufnahme billigerweise nicht zu versagen.

Einundzwanzigstes Hauptstück.

Versicherungsvertrag.

Erste Abtheilung.

Versicherung gegen Prämie.

1) Schadensversicherung.

Dieses Hauptstück wurde dem gegenwärtigen Entwurfe einverleibt, weil die bisherigen Beschlüsse über den Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches sich auf allgemeine Bestimmungen über die Versicherung gegen Prämie (abgesehen von jenen über eine besondere Versicherungsart, nämlich der Seeversicherung) nicht erstrecken, ungeachtet in dem Art. 254 Nr. 3 des Entwurfes die Versicherung gegen Prämie überhaupt als ein Handelsgeschäft erklärt ist.

In der Regel wird die Versicherung nicht von einzelnen Personen, sondern von obrigkeitlich ermächtigten Anstalten übernommen, und es werden die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten durch die obrigkeitlich genehmigten Satzungen bestimmt. Weder in diese Satzungen noch in die von Einzelnen etwa eingegangenen Versicherungsverträge können aber Bestimmungen mit Wirksamkeit aufgenommen werden, welche mit den Grundsätzen in Widerspruch stehen, die das Gesetz über die giltige Entstehung und die Wirkungen des Versicherungsvertrages im Allgemeinen aufstellt oder welche durch besondere gesetzliche Vorschrift als unzulässig ausgeschlossen sind. Innerhalb der hiedurch vom Gesetze gezogenen Schranken kann sich im Uebrigen die Privatwillkür frei bewegen. In der ersten Richtung stellt der Entwurf die Bestimmungen der Art. 800—813 auf; die nachfolgenden von Art. 815 an sind nur dazu bestimmt, um das Rechtsverhältniß in Ermanglung besonderer Vertragsbestimmungen zu regeln, namentlich Lücken in den Satzungen der Versicherungsanstalten zu ergänzen. Dieses Verhältniß der Bestimmungen des Entwurfes zu einander drückt der **Art. 814** aus.

Der Versicherungsvertrag gegen Schaden und zwar jener gegen Prämie (welche Versicherung als die gewöhnlichere vorausgestellt wird) ist ein gewagter, entgeltlicher Vertrag, wodurch gegen die Zusage eines bestimmten Preises (Prämie) von Seite des einen Theiles, der andere Theil sich zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher den ersteren aus einer künftigen Gefahr treffen kann. Der Vertrag wird schon mit der Zusage des Preises perfekt; es ist sonach nicht ausgeschlossen, daß die Prämie erst nach überstandener Gefahr bezahlt oder an der Schadensvergütung sofort abgezogen werde. **(Art. 800.)**

Die vom Entwurfe aufgestellten Grundsätze sind solche, welche alle oder doch die hauptsächlichsten Arten der Schadensversicherung beherrschen. Es wird deßhalb hier als zulässiger Gegenstand der Versicherung Alles bezeichnet, was ein in Geld anschlagbares Interesse für den Versicherten hat, und einer Gefahr unterworfen ist.

Hiernach kann insbesondere auch das Interesse, welches nicht der Eigenthümer, sondern ein Dritter an der Erhaltung einer fremden Sache hat, wie z. B. der Nutznießer, der Pfandgläubiger versichert werden. **(Art. 801 Abs. 1.)**

Die Begriffsbestimmung der Versicherung gegen Schaden (vergl. Art. 800) würde bei der Lebensversicherung nur in jenen Fällen einigermaßen zutreffend erscheinen, in denen sich der Nachtheil, welcher durch den Tod der Person, auf deren Leben die Versicherung gestellt ist, jenen dritten Personen zugeht, zu deren Gunsten die Versicherung genommen ist, insoferne in Geld mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Versicherten anschlagen läßt, als bestimmte Bezüge aus dem festen Einkommen des letzteren jenen Personen entgehen. — Abgesehen von solchen Fällen wird durch die Lebensversicherung oft weder der Ersatz eines bestimmten Schadens bezweckt, noch läßt sich sonst der Gegenstand in Geld anschlagen. Es können daher auf dieselbe mehrere Grundsätze der Schadensversicherung nicht zur Anwendung kommen und es ist eine besondere Behandlung (vergl. Art. 827) dieser Versicherungsart geboten. — Der Versicherungsvertrag würde in eine unverbindliche Wette ausarten, wenn die Versicherung des Erwerbes durch reine Glücksfälle zugelassen würde. Dagegen besteht für die Zulässigkeit der Versicherung des, aus dem Absatz einer ihrem wirklichen Werthe nach bereits versicherten Waare erwarteten Gewinnes die Uebung des Handelsverkehrs. Der **Art. 801 Abs. 2** schweigt hierüber und schließt dadurch eine solche Versicherung und die Geltung der besonderen handelsrechtlichen Grundsätze nicht aus.

Ungiltig ist die Versicherung gegen jene Gefahr, welche mit der Vornahme einer verbotenen Handlung verknüpft ist, wie z. B. gegen die Konfiskation einer geschmuggelten Waare, ohne Unterschied, ob der Versicherte den Schmuggel selbst begeht oder zuläßt, daß seine Waare durch dritte Personen geschmuggelt werde. **(Art. 801 Abs. 2.)**

Bei der Schadensversicherung ist es, wie erwähnt, ein wesentliches Erforderniß der Giltigkeit des Vertrages, daß der Versicherte ein in Geld anschlagbares, rechtliches Interesse an dem Versicherungsgegenstande habe. Es genügt aber, wenn dieß nur bei dem Versicherten zutrifft; es ist nicht erforderlich, daß das Interesse einen allgemeinen Geldwerth für jeden Anderen habe. Das Interesse an Erhaltung einer Sache kann oft auch erst in der Zukunft eintreten, daher zur Zeit der Versicherungsnahme einem Geldanschlage noch nicht unterliegen. Insoferne die Versicherung ausdrücklich hierauf gestellt wird, so daß der Versicherer das hier übernommene Wagniß als ein eventuelles, von dem Eintritte gewisser Bedingungen abhängiges kennt, läßt der Entwurf auch hier eine giltige Versicherung zu. **(Art. 802.)**

Ist bei dem Abschlusse des Vertrages oder zu jener Zeit, von welcher an die Gefahr übernommen wurde, — welche Uebernahme z. B. bei Transportversicherungen oft auf eine vor dem Vertragsabschlusse schon abgewichene Zeit zurück erfolgt, — die Gefahr bereits vorüber, so fällt für den Versicherer, soferne er hievon Kenntniß hat, das Wagniß des Vertrages weg; ingleichen für den Versicherten in dem Falle, wenn in einem der oben bezeichneten Zeitpunkte der

Schaden bereits eingetreten war, und er dieses weiß. Fehlt es aber an dieser Kenntniß der Contrahenten, ist ihrerseits das Wagniß ein putatives, so bleibt nach der richtigen Auffassung des aleatorischen Wesens des Vertrags, namentlich gewisser Versicherungsarten, wie z. B. der Transportversicherung, der Vertrag giltig. **(Art. 805.)**

Die Versicherung kann nicht nur von demjenigen, welcher selbst ein Interesse an der Erhaltung des versicherten Gegenstandes hat, sondern auch in dessen Namen und Interesse durch eine Mittelsperson genommen werden. Inwieferne hier gegenseitige Verpflichtungen durch die Handlung der Mittelsperson zwischen dem Versicherten und dem Versicherer entstehen, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über den Auftrags-Vertrag zu bemessen. Daß aber die Versicherung nicht blos im Namen und im Auftrage eines Dritten, sondern auch in der Absicht einer bloßen Geschäftsführung und ohne Wissen des Dritten genommen werden könne, mußte wegen der besonderen Folgen, welche hieran geknüpft werden, besonders hervorgehoben werden. — In diesem Falle muß natürlich der Geschäftsführer [der Versicherungsnehmer] für die Verpflichtungen des Versicherten gegenüber dem Versicherer einstehen und dem Versicherten der Vortheil aus dem Vertrage zukommen, soferne er nur denselben, wie immer, genehmiget, sey es auch erst nach dem Eintritte des Schadens, wie z. B. thatsächlich dadurch, daß er die auf seinen Namen gestellte Versicherungssumme von dem Versicherer in Anspruch nimmt.

Die Versicherung für einen Dritten durch Geschäftsführung kann namentlich auf zweierlei Art geschehen: entweder versichert der Eigenthümer seine eigene Sache, an deren Erhaltung ein Dritter ein besonderes Interesse, — z. B. als Nutznießer, Pfandgläubiger, — hat, zu des Dritten Vortheil, oder es wird von dem Versicherungsnehmer die Sache eines Dritten in des letzteren Interesse versichert, was oft im Handelsverkehre vorkommt, wenn der Betheiligte nicht zur Hand ist, um den Versicherungsvertrag selbst abzuschließen. — Ob der Versicherungsnahme zum Vortheile eines Dritten ein Akt der Liberalität des Versicherungsnehmers gegen den Versicherten zu Grunde liege oder nicht, berührt die Rechte und Verpflichtungen des Versicherers nicht. **(Art. 804 und 805.)**

Dem in der Gesetzgebung und im Verkehre allseitig anerkannten Bedürfnisse entsprechend, wird die Giltigkeit des Versicherungsvertrages von der schriftlichen Abschließung abhängig gemacht. Die Stelle eines förmlichen beiderseits unterzeichneten Vertragsdokumentes muß jedoch der übliche Vorgang vertreten, daß der Versicherungsschein (die Polize) von dem Versicherer ausgestellt, dem Versicherten zugestellt und von diesem angenommen wird, soferne nicht die bindende Kraft des Vertrages, außer von der bloßen Annahme der Polize durch den Versicherten, noch von dem Eintritte einer besonderen Voraussetzung, wie z. B. von der Unterzeichnung eines weiteren Exemplares der Polize durch den Versicherten und der Aushändigung an den Versicherer abhängig gemacht ist. Da ferner gewöhnlich die Prämie auch sofort bezahlt und von dem Versicherer in der Polize quittirt

wird, so stellt die letztere in der Regel zunächst nur die dem Versicherer obliegenden Verpflichtungen dar. **(Art. 806.)**

Der **Art. 807** bezeichnet die wesentlichen Stücke, welche der Versicherungsvertrag oder der denselben beurkundende Versicherungsschein bei Vermeidung der Nichtigkeit enthalten soll. Die Bezeichnung des Gegenstandes und der übernommenen Gefahr (Nr. 1 und 2) ist in der Regel genügend, wenn sie auch nur eine allgemeine ist, soferne nur über den Gegenstand der Versicherung und über die Gefahr, für welche eingestanden werden soll, kein Zweifel bestehen kann. — Die Angabe des Werthes des Versicherungsgegenstandes ist kein wesentliches Erforderniß des Inhalts der Vertragsurkunde. Bei jenen Versicherungen, welche die Vergütung des Schadens an einem erst künftig entstehenden Gegenstande bezwecken, ist die Werthsangabe bei dem Vertragsabschlusse ohnehin nicht möglich. Bei Gegenständen ferner, deren Werth theils nach ihrer Natur theils vermöge der Einwirkung des Versicherten auf dieselben, dem Wechsel und der Minderung unterworfen ist, — was die Regel bildet, — kann die Werthsangabe für die Schadensvergütung niemals maßgebend seyn. Es ist vielmehr natürlich, daß die Vergütung des Schadens nur mit Rücksicht auf den Werth des Versicherungsgegenstandes zur Zeit des Eintritts des Verlustes oder der Beschädigung zu geschehen hat. (Vgl. Art. 820.) Wesentlich dagegen ist, daß in dem Vertrage die Versicherungssumme, nämlich jener Betrag bezeichnet sey, bis zu welchem der Versicherer bei einem totalen Verluste den Schaden zu vergüten verpflichtet ist. **(Art. 807 Nr. 3.)** Ob die Versicherungssumme den vollen Werth des Gegenstandes darstelle oder unter demselben stehe, ist kein wesentlicher Bestimmungsgrund für den Versicherer bei Eingehung des Vertrages, indem dieses Verhältniß nur in dem Falle einer bloß theilweisen Beschädigung für die Ausmittlung des Quantums des Schadenersatzes in Betracht kommt. — Im Interesse des Versicherten kann es aber gelegen seyn, in den geeigneten Fällen, wenn nämlich der Werth des versicherten Gegenstandes keinem Wechsel, keiner Minderung unterworfen ist, schon im Vertrage für die Werthsangabe Sorge zu tragen, um des späteren Nachweises hierüber enthoben zu seyn. Es kann daher auch eine Vereinbarung über den Werth der Sache einer der Gegenstände des Vertrages seyn, obgleich derselbe kein wesentliches Erforderniß ist. Als ein solches erscheint aber die Bezeichnung der Zeit, von welcher, und bis zu welcher die Gefahr übernommen wird (Nr. 4), endlich die Bezeichnung der Versicherungsprämie (Nr. 5) als der wesentlichen Gegenleistung des Versicherten. Ihr Betrag wird naturgemäß nach dem Verhältnisse der Versicherungssumme zu der übernommenen Gefahr vereinbart.

In dem Wesen des Versicherungsvertrages gegen Schaden liegt es, daß der Versicherte nur entschädigt, nicht aber bereichert werde. Es kann daher niemals der Werth des Versicherungsgegenstandes entscheidend seyn, welcher nur zur Zeit des Vertragsabschlusses, nicht aber auch zur Zeit der Beschädigung noch vorhanden ist, wenn auch die Versicherungssumme denselben übersteigt. Deßhalb ist die Versicherung über diesen Werth ungiltig. — Als Werth

aber muß sowohl der ordentliche als der außerordentliche, mit Ausschluß des Affektionswerthes, gelten (vergl. Art. 70 Abs. 1). —

In Folge des vorbezeichneten Prinzips muß dem Versicherer jederzeit, sohin auch nach bereits eingetretenem Schaden, das Recht zustehen, im Falle einer Ueberversicherung eine Modifikation der Vertragsstipulationen durch Minderung der Versicherungssumme gegen verhältnißmäßige Herabsetzung der Prämie zu verlangen. Ist die letztere von dem Versicherten bereits bezahlt worden, wie in dem Falle, wenn der Versicherer die Minderung der Versicherungssumme erst nach eingetretenem Schaden geltend macht, so muß sie dem Versicherten zurückgegeben werden. Das Recht des Versicherers, die Minderung der Versicherungssumme allezeit zu verlangen, ist in dem Wesen des Versicherungsvertrages tief begründet; insbesondere kann bei dem im Interesse des Versicherten gebotenen raschen Abschlusse des Vertrages dem Versicherer nicht zugemuthet werden, das Verhältniß der Versicherungssumme zu dem Werthe des Gegenstandes einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen. Hiebei kann es darauf nicht ankommen, ob der Versicherte über die den Werth des Versicherungsgegenstandes bestimmenden Momente unrichtige Angaben gemacht hat, welche den Versicherer zur Eingehung der Versicherung mit der festgesetzten Versicherungssumme bestimmen konnten; es muß vielmehr der einfache Nachweis des Versicherers genügen, daß der Werth des Gegenstandes unter dem Betrage der Versicherungssumme stehe. Liegen aber solche unrichtige Angaben des Versicherten in Mitte, so bleibt es, im Einklange mit den Grundsätzen über den Einfluß eines Irrthumes bei Eingehung eines Vertrages, ferner wegen des meistens dem Versicherten zur Last fallenden Verschuldens, dem Versicherer jederzeit vorbehalten, die Auflösung des Vertrages zu verlangen (vergl. Art. 823). — Das Recht des Versicherers, eine Minderung der Versicherungssumme jederzeit zu verlangen, kann aber auch dann nicht ausgeschlossen werden, wenn der Werth in dem Versicherungsvertrage in einem hiezu geeigneten Falle angegeben ist, und daher als vereinbart erscheint, weil erfahrungsgemäß auch hier die Werthsangabe in der Regel nur auf der einseitigen Erklärung der Versicherten beruht, welche der Versicherer in gutem Glauben und um den Abschluß des Geschäftes nicht hinzuhalten annimmt. Es muß daher der Versicherer auch nach eingetretenem Schaden noch berechtiget seyn, gegenüber der vertragsmäßigen Werthbestimmung den Beweis zu liefern, daß dieselbe übertrieben sey. **(Art. 808.)**

Eine weitere natürliche Folge des Prinzips, auf welchem der Art. 808 Abs. 1 beruht, ist die Ungiltigkeit der Doppelversicherung, nämlich der Versicherung einer und derselben bereits ihrem vollen Werthe nach versicherten Sache auf dieselbe Zeit und auf dieselbe Gefahr. **(Art. 809.)** Stellt bei der ersten Versicherung die Versicherungssumme nicht den vollen Werth des Gegenstandes dar, so erscheint die bei der späteren Versicherung festgesetzte Versicherungssumme insoweit als giltig bedungen, als sie den bei der ersten Versicherung ungedeckt gebliebenen Werth nicht übersteigt. Für die Giltigkeit der Eingehung jedes späteren Versicherungsvertrages ist es aber unerläßlich, daß der Versicherte den späteren Versicherer von der von ihm bereits abgeschlossenen Versicherung vollständig

in Kenntniß setze, damit durch diese Darlegung sofort die Giltigkeit der weiteren Versicherung vollständig außer Zweifel gestellt werde. **(Art. 810.)** Bei manchen Versicherungsarten kann durch Eingehung einer weiteren, an sich giltigen, Versicherung die Gefahr, welche der erste Versicherer übernommen hat, erhöht werden, dann nämlich, wenn der Versicherte in der Lage ist, auf den Eintritt der Gefahr einzuwirken und in Folge einer Erhöhung der Versicherungssumme der Reiz zu einer absichtlichen Herbeiführung des Verlustes entsteht. Es muß daher auch die Vertragsbestimmung zugelassen werden, daß die frühere Versicherung durch jede, ohne Zustimmung des ersten Versicherers eingegangene weitere Versicherung ungiltig werde. **(Art. 811.)**

Sind mehrere Versicherungen nacheinander giltig abgeschlossen worden, so können durch Verzicht des Versicherten auf seine ihm gegen Einen der mehreren Versicherer zustehenden Rechte die Verpflichtungen der Uebrigen zu deren Nachtheil nicht geändert werden. Hat z. B. A zugleich bei B und C dieselbe Sache, welche einen Werth von 4000 hat, zu je 2000 bei jedem derselben versichert, und erleidet er nur einen halben Verlust, so kann er, wenn er den B oder den C entläßt, von dem nicht Entlassenen immer nur 1000 beanspruchen, für welchen Betrag allein jeder der beiden konkurrirenden Versicherer, im Falle des bezeichneten theilweisen Verlustes, aufzukommen hatte. — Auf gleichzeitige Versicherungen, deren der Entwurf wegen ihrer Seltenheit nicht erwähnt, wird dieser Grundsatz gleichfalls Anwendung finden. **(Art. 812.)**

Der Versicherer kann für die Gefahr der Schadensvergütung, welche er dem Versicherten gegenüber auf sich genommen hat, wieder bei einem Anderen Versicherung nehmen. Auch hier ist die ausdrückliche Bezeichnung des Eventualverhältnisses, unter welchem der erste Versicherer die Rückversicherung (jetzt als Versicherter) mit dem Rückversicherer abschließt, aus gleichen Gründen wie in dem Falle des Art. 802 für die Giltigkeit der Rückversicherung unerläßlich. Zwischen dem Rückversicherer und dem ersten Versicherten entsteht natürlich kein Rechtsverhältniß. — Die Summe der Rückversicherung kann auch geringer seyn, als jene der ersten Versicherung (theilweise Rückversicherung) oder auch dieselbe übersteigen, nämlich mit Inbegriff des Werthsanschlages, der dem ersten Versicherer zur Last fallenden Rettungs- und anderer Kosten, für welche er (vgl. Art. 816 Abs. 3), selbst über den Betrag der Versicherungssumme, dem ersten Versicherten einzustehen hat. **(Art. 813.)**

Die hauptsächlichste Verpflichtung des Versicherten besteht in der rechtzeitigen Bezahlung der Prämie, wodurch dem Versicherer die Pflicht zur Aushändigung des Versicherungsscheines auferlegt wird, in welchem er auch gewöhnlich den Empfang der Prämie quittirt. **(Art. 815.)**

In der Regel ist der Versicherte entweder allein oder doch am besten in der Lage, von dem Eintritte der Gefahr für die versicherte Sache Kenntniß zu erhalten und die zur Rettung geeigneten Maßregeln zu ergreifen. Hieraus und vermöge des Wesens des Versicherungsvertrages, wonach durch die Sorglosigkeit des Versicherten die Ersatzpflicht des Versicherers nicht erhöht werden kann, ergibt sich die

Verpflichtung des Versicherten zur Anwendung aller Sorgfalt, um die entstandene Gefahr abzuwenden oder doch zu vermindern, sowie auch dazu, daß er dem Versicherer von der erlittenen Beschädigung ungesäumt Nachricht gebe. **(Art. 816 Abs. 1.)** Für den Aufwand, welchen der Versicherte in Folge der erstbezeichneten Pflicht aus seinem Vermögen für die Rettung der Sache macht — insoweit solcher den Umständen angemessen ist — haftet ihm wieder der Versicherer, weil diese Maßregeln in seinem Interesse ergriffen wurden, wobei es darauf nicht ankommen kann, ob solche von Erfolg waren oder nicht. Die Haftung des Versicherers für die vom Versicherten aufgewendeten Rettungskosten fällt daher weder hinweg, wenn bei gänzlicher Erfolglosigkeit der Rettungsversuche der Versicherer die ganze Versicherungssumme zu zahlen hat, noch kann diese Haftung beschränkt werden, wenn die Rettungskosten in Verbindung mit dem vom Versicherer zu ersetzenden theilweisen Verluste die Versicherungssumme übersteigen. Eine gegentheilige Annahme würde dazu führen, daß der Versicherte die Rettungsversuche zum Schaden des Versicherers unterließe, weil er befürchten müßte, diese Kosten nicht ersetzt zu erhalten, beziehungsweise die Schadensvergütung nicht voll zu erlangen. Unterläßt es der Versicherte, den Versicherer von der erlittenen Beschädigung sofort in Kenntniß zu setzen, so kann hieran der Verlust seiner Ansprüche nicht geknüpft werden, weil oft die Rettung überhaupt unmöglich ist oder doch für solche durch den Versicherer — selbst bei rechtzeitiger Benachrichtigung — mit Erfolg nicht mehr gewirkt werden kann. Man kann daher bei dieser Unterlassung den Versicherten nur für jenen Nachtheil haftbar erklären, welcher dem Versicherer in Folge derselben wirklich zugeht. Dem Versicherer müssen endlich in der Regel auch die Kosten zur Last fallen, welche auf die Ermittelung und Feststellung des Schadens erlaufen, soferne solche nicht durch überspannte Anforderungen von Seite des Versicherten muthwillig veranlaßt oder doch erhöht wurden, weil es in der Intention des Vertrages liegt, daß dem Versicherten die Schadensvergütung frei von sonstigen Lasten zu Theil werde. **(Art. 816 Abs. 2 und 3.)**

Die Verpflichtung des Versicherers besteht zunächst in der vertragsmäßigen Vergütung des entstandenen Schadens, d. h. in der Zahlung der Versicherungssumme, je nach dem Verhältnisse, in welchem der Schaden ganz oder theilweise eingetreten und nicht durch ein Verschulden des Versicherten selbst entstanden ist. Letzteres weil die Ersatzpflicht des Versicherers immer nur unter der Voraussetzung eines Schadens begründet ist, welcher durch ein Ereigniß eintritt, das dem Versicherten gegenüber als ein Zufall erscheint. Diese Voraussetzung fällt natürlich durch jedes Verschulden des Versicherten — ohne Unterschied des Grades — insoweit hinweg, als solches mit dem Eintritte des Schadens in ursächlichem Zusammenhange steht.

Ist der Schaden oder der Verlust ein totaler, so ist der Versicherer zur Leistung der ganzen Versicherungssumme verpflichtet, insoferne er nicht vermöge des ihm in Art. 808 Abs. 1 eingeräumten Rechtes eine Minderung erwirkt. Dieser Fall bedarf nach den vorhergehenden Bestimmungen keiner weiteren gesetzlichen Verfügung; nur bei der theilweisen Beschädigung muß das Verhältniß, nach welchem

der Versicherer die Vergütung zu leisten hat, besonders bestimmt werden. Ist bei einem theilweisen Verluste die Sache zu ihrem vollen Werthe versichert, steht nämlich die Versicherungssumme dem letzteren gleich, so haftet der Versicherer nach dem Verhältnisse des eingetretenen Schadens zum vollen Werthe der Sache. Ist dieselbe aber unter ihrem Werthe versichert, so haftet der Versicherer überdieß nur nach dem Verhältnisse, in welchem die Versicherungssumme zum vollen Werthe steht. Der Versicherte ist hier für den nicht versicherten Werth gewissermassen sein eigener Versicherer und trägt als solcher die Gefahr, nach Verhältniß des nicht versicherten Theiles zum Gesammtwerthe, mit. Beträgt also z. B. der volle Werth der ganzen Sache 1000, die Versicherungssumme aber nur 500, und ist die Hälfte von Schaden betroffen worden oder zu Verlust gegangen, so hat der Versicherer nur 250 zu vergüten. **(Art. 818.)** Bei der theilweisen Beschädigung kommt es, wie oben (S. 243) angeführt, auf den Werth des Versicherungsgegenstandes an, um die Größe der Leistung des Versicherers zu bestimmen. Ist der Werth der Sache bereits im Vertrage in den hiezu geeigneten Fällen angegeben, so ist der Versicherte des Beweises über den Werth der Sache im Allgemeinen überhoben; er hat, wenn nöthig, nur darzuthun, welcher Theil des Ganzen durch Verlust oder Beschädigung betroffen worden sei. Dem Versicherer aber steht, wie zu Art. 808 bemerkt, noch immer der Nachweis zu, daß der Werth übertrieben sey. Fehlt es dagegen an der Angabe des Werthes der Sache in dem Vertrage, so liegt dem Versicherten der Beweis des Werthes zur Zeit der Beschädigung oder des Verlustes schlechthin ob. Das Verhältniß, in welchem dieser Werth zu der Versicherungssumme steht, ist es nämlich, wonach sich die Größe des Anspruchs des Versicherten auf Vergütung des Schadens bemißt.

Entspricht es, vermöge der Beschaffenheit des Versicherungsgegenstandes, aus dem bereits bei Art. 808 bezeichneten Rücksichten dem Inhalte des Vertrages, daß die Schadensvergütung lediglich mit Rücksicht auf den Werth der Sache zur Zeit des Eintritts des Verlustes oder Schadens geleistet werden solle, so liegt sowohl bei totalem als partiellem Verluste der Beweis dieses Werthes dem Versicherten ob. Auch hier gilt der Versicherte für den Betrag, um welchen der von ihm erwiesene Werth die Versicherungssumme übersteigt, als sein eigener Versicherer. Hat z. B. A seine Fruchtvorräthe gegen Brand oder seine Erndte gegen Hagelschaden mit der Summe von 1000 versichert und geht die Hälfte in einem von ihm bewiesenen Werthe von 600 zu Verlust, so hat der Versicherer nur 500 zu vergüten. — In jedem Falle, wo es auf die Würdigung des von dem Versicherten zu erbringenden Beweises über den Werth der Sache zur Zeit des Verlustes ankommt, findet die im Art. 81 getroffene allgemeine Verfügung Anwendung, durch welche besondere Befugnisse dem Richter zu dem Zwecke ertheilt sind, um den Ausspruch über das Ergebniß einer Beweisführung dieser Art leicht und sicher zu vermitteln. **(Art. 819, Art. 820.)**

Dadurch, daß der Versicherer vertragsgemäß dem Versicherten den entstandenen Schaden vergütet, muß er auch in alle Rechte des Versicherten eintreten, welche diesem gegen den Urheber des Schadens zustehen, weil der Versicherer, indem

er die Vergütung des Schadens, den die Sache ohne ein Verschulden des Versicherten erleiden könnte, auf sich genommen und an den letzteren auch geleistet hat, diesen Vermögensverlust mittelbar durch die Handlung des Urhebers erleidet. Es wird daher im **Art. 821** der Entschädigungsanspruch des Versicherten gegen den Urheber des Schadens, insoweit der Versicherer denselben vergütet hat und von diesem Momente an auf den letzteren kraft des Gesetzes mit den nach Art. 162 zu beurtheilenden Wirkungen übertragen.

Aus der Fortdauer des Zweckes der Versicherung einer Sache und da oft die Persönlichkeit des Versicherten ohne allen oder doch ohne erheblichen Einfluß auf den Eintritt der Gefahr ist, erklärt sich die Aufstellung der Regel, daß bei einem Wechsel des Eigenthümers der versicherten Sache die Versicherung mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Eigenthümer übergehe; so daß der Versicherer auch dem letzteren gegenüber verbunden bleibt, den Vertrag fortzusetzen. Kommt jedoch die Person des Versicherten bei der übernommenen Gefahr wesentlich in Betracht, beruht der Versicherungsvertrag auf dem Vertrauen, welches der Versicherer in die Person des Versicherten setzt, so wird die Einwilligung des Versicherers, die Annahme des neuen Eigenthümers als Versicherten, für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses im Vertrage bedungen werden. Abgesehen hievon kann sich der Versicherer in dem Falle, wenn durch besondere in der Person des neuen Eigenthümers begründete Verhältnisse die übernommene Gefahr eine größere wird, selbstverständlich der ihm nach Art. 823 Abs. 2 zustehenden Befugnisse bedienen. — Die mit dem früheren Eigenthümer abgeschlossene Versicherung wird aber, wenn der Uebergang kraft des Gesetzes nach der aufgestellten Regel erfolgt, vollständig auf den neuen Eigenthümer übertragen, daher kann sich der Versicherer auch der Einreden gegen den letzteren bedienen, die ihm gegen den früheren Eigenthümer aus dem Vertrage zustanden **(Art. 822)**.

Der Versicherer ist nur dann in der Lage, das von ihm übernommene Wagniß und die dabei auf dem Spiele stehenden Interessen richtig und umfassend zu beurtheilen, wenn er sich hinsichtlich des Versicherungsgegenstandes in keinem Irrthume befindet. Ist ihm von dem Versicherten ein Umstand verschwiegen oder unrichtig angegeben worden, welcher so wesentlich ist, daß er bei Kenntniß der wahren Sachlage den Vertrag überhaupt oder doch unter den paktirten Bedingungen nicht abgeschlossen haben würde, so muß er vermöge der Eigenthümlichkeit des vorliegenden aleatorischen Vertrages berechtiget seyn, die Aufhebung desselben jederzeit zu verlangen, und zwar erscheint es für sein Recht unerheblich, ob seinem Irrthume ein Verschulden des Versicherten zu Grunde lag oder nicht. Denn für den Versicherer tritt immerhin derselbe Nachtheil ein, wenn auch der Versicherte bei der unrichtigen Angabe in gutem Glauben und selbst nicht in der Lage war, zur Erkenntniß des wahren Sachverhaltes zu gelangen. Weder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung des Irrthums noch aus dem besonderen Wesen des Versicherungs-Vertrages läßt sich für den Fall, daß keine Arglist des Versicherten in Mitte liegt, eine Beschränkung der Berechtigung des Versicherers zur Aufhebung des Vertrages rechtfertigen. Durch

den Eintritt des Schadens namentlich kömmt oft erst der wahre Sachverhalt zu Tage, welchen vorher zu erforschen der der unrichtigen Angabe des Versicherten trauende Versicherer bei der raschen Abschlußweise des Vertrages nicht veranlaßt war. Dasselbe Prinzip muß auch für den Fall gelten, wenn während der Dauer des Versicherungs-Vertrages Veränderungen an dem Gegenstande der Versicherung oder hinsichtlich seiner Benützungsweise, sey es durch freiwillige Handlungen des Versicherten oder infolge äußerer Ereignisse, eintreten, wodurch die vom Versicherer übernommene Gefahr vergrößert wird. Auch hier muß dem letzteren das Recht zustehen, die Aufhebung des Vertrages jederzeit zu verlangen, es wäre denn, daß er nach erlangter Kenntniß, in die Fortsetzung des Vertrages entweder ausdrücklich oder doch stillschweigend, wie z. B. durch die weitere Annahme der nach der vorher bestandenen geringeren Gefahr bemessenen Prämie, eingewilliget hätte. **(Art. 823.)**

Ein giltig abgeschlossener Versicherungs-Vertrag erlischt wenn die Voraussetzung einer Gefahr des Versicherers wegfällt, oder wenn das Interesse des Versicherten an der Sache, durch welches die giltige Eingehung des Vertrages bedingt ist (vergl. Art. 801), im Momente des Eintrittes des Schadens oder Verlustes schon weggefallen war, oder bis dahin (falls die Versicherung auf ein künftiges Interesse genommen war) gar nicht zum Daseyn gekommen ist. **(Art. 824.)**

Ist der Versicherungs-Vertrag von Anfang an ungiltig oder wird er später aufgehoben, so wird der Versicherer von seiner Verbindlichkeit frei, muß aber auch dem Versicherten, soferne dieser nicht selbst die Aufhebung des Vertrages verschuldet hat, die gezahlte Prämie zurückgeben. Ein Verschulden des Versicherten liegt nicht nur dann vor, wenn er arglistig gehandelt hat, sondern ebenso dann, wenn seine Angaben über den Versicherungsgegenstand auch nur auf einem Mangel an Aufmerksamkeit oder auf einer Unterlassung in Erforschung des wahren Sachverhaltes beruhen. Liegt aber keinerlei Verschulden des Versicherten vor, so kann ihn ein weiterer Nachtheil dadurch nicht treffen, daß er auch die erfolglos bezahlte Prämie einzubüßen hätte. Muß daher die Vertragsauflösung auf den Antrag des Versicherers in dem Falle des Art. 823 schon dann erfolgen, wenn anzunehmen ist, daß er ohne die unrichtige Angabe des Versicherten den Vertrag nicht oder nicht so wie geschehen abgeschlossen hätte, so kann der Anspruch auf Innebehaltung der gezahlten Prämie doch nur durch den Nachweis eines Verschuldens auf Seite des Versicherten begründet werden, weil nach der aufgestellten Regel die Auflösung des Versicherungsvertrages auch die Rückgabe der Prämie durch den Versicherer nach sich zieht. Ist dem Versicherer durch das Verschulden des Versicherten, welches ihn zur Vertragsaufhebung berechtiget, noch ein weiterer Schaden zugegangen, so muß der Versicherte, welcher in diesem Falle die gezahlte Prämie ohnehin einbüßt, denselben gleichfalls ersetzen.

Ist — im umgekehrten Falle — der Vertrag infolge eines Verschuldens des Versicherers selbst ungiltig und ist dem Versicherten hieraus ein Schaden zugegangen, so trifft natürlich den Versicherer die Verpflichtung zum Schadensersatz.

Hatte ferner, bevor der Vertrag als ungiltig aufgehoben wird, die Zeit schon zu laufen begonnen, in welcher die vom Versicherer übernommene Gefahr eintreten konnte, und ist der letztere verpflichtet, dem Versicherten die gezahlte Prämie zurückzugeben, so ist es billig, daß ihm eine verhältnißmäßige Vergütung zugestanden werde, welche in dem anderen Falle ihm schon dadurch zu Theil wird, daß er die Prämie behält. Dieser Vergütungsanspruch des Versicherers gegen den Versicherten fällt hinweg, wenn er selbst die Vertragsauflösung verschuldet hat. **(Art. 825.)**

Für die gegenseitigen Forderungen aus dem Versicherungs-Vertrage macht sich das Bedürfniß einer abgekürzten Verjährung geltend, zumal in dieser Richtung auch die meisten Satzungen der Versicherungsanstalten Bestimmungen treffen, denen sich die Kontrahenten unterwerfen. Läßt man mit dem Entwurfe den Anfang der Klageverjährung wie im Allgemeinen so auch hier mit dem Momente beginnen, in welchem die Forderung zur Geltendmachung reif ist, so erscheint die kurze Frist von einem Jahre gerechtfertiget. Für eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze über den Anfang des Laufes der Klagverjährung, — namentlich in der von dem preußischen Entwurfe eines Handelsgesetzbuches vorgeschlagenen Art, daß das Datum des Versicherungs-Vertrages als Anfangszeit festgesetzt, und daran eine längere Verjährungszeit geknüpft würde, — bestehen keine ausreichenden Gründe. Der Zeitpunkt, von welchem an die Gefahr übernommen wird, fällt nicht immer mit jenem des Vertragsabschlusses zusammen und jedenfalls erfolgt der Eintritt des Schadens, mit welchem der Anspruch des Versicherten auf Ersatz erst geboren wird, erst nach Abschluß des Vertrages. Die Zeit, welche bereits abgelaufen ist, bevor der Anspruch geltend gemacht werden konnte, kann aber in keinem Falle in die Verjährungszeit eingerechnet werden. **(Art. 826.)**

2) Lebensversicherung.

Wie bereits oben in den Motiven zu Art. 800 und 801 erwähnt wurde, muß die Lebensversicherung gesondert von der Versicherung gegen Schaden, welche letztere Richtung der Lebensversicherungsvertrag nur in besonderen Fällen haben kann, behandelt werden. — Bei der großen Verschiedenheit der Zwecke, welche bei Eingehung dieser Versicherung verfolgt werden, — indem bald der Nahrungsstand der auf das Leben des Versicherten angewiesenen Personen nach dem Tode des ersteren sichergestellt, bald der Wegfall gewisser, durch das Leben des Versicherten bedingter Leistungen desselben an Dritte durch die Versicherungssumme gedeckt, bald die Zuwendung eines Kapitals an einen Dritten durch Versicherung des eigenen Lebens bewirkt werden soll, — kann das Wesen des Versicherungsvertrages nur ganz allgemein dahin gekennzeichnet werden, daß derselbe in einer Uebereinkunft bestehe, vermöge welcher der Versicherer gegen Entrichtung einer Prämie auf den Todesfall einer Person eine Leistung an denjenigen zusichert, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen wird. Hiernach fällt jener gleichfalls gewagte Vertrag, durch welchen gegen eine Prämie die Bezahlung eines bestimmten Kapitals auf den Fall zugesichert wird, daß eine Person ein gewisses Lebensalter erreiche, nicht unter den Begriff der eigentlichen Lebensversicherung, und bedarf auch keiner be-

sonderen gesetzlichen Vorschriften. — Aus dem Wesen des Lebensversicherungsvertrages ergibt sich nothwendig, daß mehrere Grundsätze, welche die Versicherung gegen Schaden beherrschen, hier keine Geltung haben können; so namentlich jene über Doppel- und Nachversicherungen, weil die Voraussetzung, daß ein in Geld anschlagbares Interesse gegeben seyn müsse, und daß nur ein Vermögensschaden, welcher dem Versicherten zugehen kann, versichert werden könne, nicht zutreffen. Insoweit aber die Bestimmungen über die Versicherung gegen Schaden entsprechende Anwendung auch auf die Lebensversicherung finden können, mußte hierauf verwiesen werden. Hiezu gehören namentlich auch die Artikel 801 Abs. 2 u. 817 Abs. 2, weil die Versicherung auf den Todesfall einer Person, welcher infolge der Begehung einer verbotenen Handlung durch dieselbe oder eines sonstigen Verschuldens derselben eintreten kann (wie z. B. infolge eines Strafurtheils, eines Zweikampfes, einer Selbsttödtung), gleichfalls ungiltig ist. — Wie bei der Schadensversicherung eine Sache, an deren Erhaltung ein Dritter ein besonderes Vermögensinteresse hat, auch von diesem giltig versichert werden kann, so geschieht es bei der Lebensversicherung häufig, daß das Leben einer Person nicht von dieser selbst, im Interesse ihrer Rechtsnachfolger oder anderer Personen, sondern von einem Dritten in dessen besonderem Interesse versichert wird. Erwägt man, daß die Erlangung der Versicherungssumme, — deren Höhe bei der Eigenthümlichkeit des Lebensversicherungsvertrages keiner gesetzlichen Beschränkung unterworfen werden kann, — oft den Anreiz zu Verbrechen gegen das Leben der Person, auf welche die Versicherung gestellt ist, für die Versicherungsnehmer abgeben kann und erfahrungsgemäß selbst gegen Personen abgegeben hat, welche zu dem letzteren in verwandtschaftlichem oder ehelichem Verhältnisse standen, so ist die allgemeine Vorschrift gerechtfertiget, daß die Versicherung des Lebens eines Dritten zu Gunsten des Versicherungsnehmers nur unter der Einwilligung dieses Dritten zulässig sey, weil nur dieser in der Lage ist, die Loyalität des Zweckes der Versicherung zu erkennen, namentlich auch zu ermessen, inwieweit diesem Zwecke die Versicherungssumme entspreche. **(Art. 827.)**

Zweite Abtheilung.

Versicherung auf Gegenseitigkeit.

Ueber die gegenseitige Versicherung stellt der Entwurf nur die allgemeinsten rechtlichen Grundsätze auf, weil hier in der Regel die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten in völlig ausreichender Weise aus den Satzungen der zu solchem Zwecke gebildeten Vereine beurtheilt werden können. — Vereinigen sich Mehrere durch Vertrag zu dem Zwecke, um aus den von ihnen zu leistenden Geldbeiträgen den Schaden zu ersetzen, welcher aus einer gemeinsamen Gefahr den Einzelnen aus ihnen treffen kann, so tritt der Verein als solcher dem Einzelnen gegen-

über in das Rechtsverhältniß des Versicherers zu dem Versicherten, und zwar im wesentlichen nach den bei der Versicherung gegen Prämie aufgestellten Grundsätzen; jedoch fällt hier das Bedürfniß zur Festsetzung einer Versicherungssumme weg und in der Regel vertritt der vertragsmäßige Beitrag des Einzelnen die Prämie. **(Art. 828, 829.)**

Zweiundzwanzigstes Hauptstück.

Verlagsvertrag.

Nach langem Meinungskampfe über die durch die Autorschaft eines literarischen oder artistischen Werkes begründeten Rechtsverhältnisse ist die deutsche Gesetzgebung dahin gediehen, daß das ausschließliche Nutzungsrecht des Urhebers an dem geistigen Erzeugnisse mittelst Vervielfältigung und Veröffentlichung desselben, — das Verlagsrecht, — als ein veräußerliches und vererbliches Rechtsobjekt anerkannt und unter den Schutz der Gesetze gestellt wurde. Von diesem Gesichtspunkte aus hat auch der Entwurf im **Art. 830** das Verlagsrecht aufgefaßt, und dessen wesentliche Merkmale bezeichnet. Die Entwickelung der dieses Recht gegen fremden Eingriff sichernden Verfügungen fällt nicht in den Bereich des Civilgesetzbuches, wohl aber hat dieses sich mit den Vertragsverhältnissen zu beschäftigen, welche dadurch begründet werden, daß der Autor jenes Verlagsrecht auf einen Verleger überträgt. Die civilrechtliche Ordnung dieser Verhältnisse ist um so dringender geboten, weil dieselben sich unter keine andere Klasse von Verträgen füglich subsumiren lassen. Selbst von dem Kaufe, mit welchem der Verlagsvertrag am nächsten verwandt ist, unterscheidet er sich wesentlich schon hinsichtlich des Objektes der Uebertragung, welches hier weder in einer körperlichen Sache noch in einer Forderung besteht. Namentlich kann das Manuskript oder das sonstige Original nicht als unmittelbares Vertragsobjekt betrachtet werden. Ebenso wenig bietet sich hier ein Analogon des Kaufpreises dar; denn die Zusage eines Honorars gehört nicht zur Wesenheit des Verlagsvertrages. Als Gegenleistung des Verlegers ist vielmehr nur die Verpflichtung zur Vervielfältigung und Veröffentlichung des Werkes ein wesentliches Moment dieses Vertrages. Selbst wo ein Honorar ausdrücklich oder stillschweigend bedungen ist, unterliegt dasselbe eigenthümlichen von denen über den Kaufpreis abweichenden Bestimmungen.

Damit der Zweck des Vertrages erreicht werden könne, ist es vor Allem nothwendig, daß der Autor dem Verleger das zur Veröffentlichung bestimmte Werk liefere. Die Beschaffenheit desselben, so wie die Zeit der Lieferung, hängen von dem Inhalte des Vertrages ab. Versäumt der Autor die ihm hieraus erwachsenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, so treten die allgemeinen Grundsätze des Art. 138 in Anwendung. **(Art. 831.)**

Der Umfang der übertragenen Rechte hängt ebenfalls vom Vertrage ab. Von besonderer Wichtigkeit ist hierbei die Frage, was als muthmaßliche Absicht der Contrahenten anzunehmen sey, wenn der Vertrag über künftige Auflagen des Werkes sich nicht bestimmt genug ausdrückt. Zuvörderst wird im **Art. 832** für den Fall, daß die im Vertrage dem Verleger gestatteten Auflagen erschöpft sind, das ihm übertragene Recht somit seine volle Befriedigung erlangt hat, dem Autor die Befugniß zugestanden, über die weiter zu veranstaltenden Auflagen frei zu verfügen. Denn in diesem Falle hat er das Verlagsrecht nur beschränkt auf den Verleger übertragen, und dasselbe ist daher, soweit es außerhalb dieser Beschränkung liegt, dem Autor verblieben. Ist jedoch das Recht ausdrücklich als ein unbeschränktes übertragen, so hat der Autor dasselbe in seinem ganzen Umfange, sohin mit allen daraus fließenden Befugnissen veräußert. **(Art. 832, Abs. 2.)** Schweigt dagegen der Vertrag über die Zahl der dem Verleger gestatteten Auflagen still, so würde es dem Sachverhältnisse nicht entsprechen, wenn man darin die unbeschränkte Uebertragung des Verlagsrechtes finden wollte. Nach der bestehenden Uebung wird gewöhnlich die Auflage in einer bestimmten Zahl von Exemplaren gemacht, nach deren Fertigung werden die dazu bestimmten besonderen Vorrichtungen, Satz, Formen u. dgl. wieder beseitiget. Ebenso gewöhnlich ist es, daß die weitere Auflage nicht in dem unveränderten Abdrucke der vorhergehenden besteht. Der Autor wird sich nicht leicht des Rechtes begeben, die Verbesserungen vorzunehmen, zu welchen die Fortschritte der Wissenschaft und seine eigene höhere Ausbildung ihn veranlassen. Es liegt daher näher, jenes Stillschweigen so aufzufassen, daß die Uebertragung nur die zunächst zu veranstaltende Auflage zum Gegenstande haben soll. **(Art. 832 Abs. 1.)**

Die Zahl der abzuziehenden Exemplare hängt von dem Verleger ab, wenn der Vertrag hierüber nichts bestimmt, weil immer nur Eine Auflage vorhanden ist, es mögen noch so viele oder noch so wenige Exemplare abgezogen werden, und weil auch der Verleger, welcher zur Abnahme des Werkes einladet, allen Anforderungen zu entsprechen berechtiget seyn muß. Die Beschränkung auf eine gewisse Zahl von Auflagen oder auf eine einzige würde aber illusorisch gemacht und die Aussicht des Autors auf Veranstaltung weiterer Auflagen verkümmert werden, wenn es dem Verleger freistünde, die zur Vervielfältigung getroffenen Anstalten während eines längeren unbestimmten Zeitraumes zu benützen. **(Art. 832.)** Wird bei der Gestaltung einer weiteren Auflage durch einen neuen Vertrag über die Zahl der Exemplare nichts ausdrücklich festgesetzt, so ist die Annahme berechtiget, daß die Contrahenten bei den früher getroffenen Bestimmungen hierüber stehen bleiben wollten. **(Art. 833.)** Die weitere Bestimmung des Artikels über die Unterbrechung der Ausführung einer Auflage, auch wenn die Zahl der Exemplare vertragsmäßig festgesetzt ist, beruht auf ähnlichen Betrachtungen, wie sie dem Art. 832 zu Grunde gelegt sind. Ebenso die Bestimmung des **Art. 834.**

Es macht für den Betrieb eines Werkes einen erheblichen Unterschied, ob es als Einzelnwerk oder in einer Sammlung oder einer Gesammtausgabe erscheint;

deßhalb darf das dem Verleger übertragene Recht in seiner Anwendung nicht von der einen auf die andere Verlagsart übertragen werden, ohne daß der Autor ausdrücklich eingewilligt hat. **(Art. 835.)** Dagegen sichert auch der **Art. 836** das Interesse des Verlegers gegen eine anderweite Verfügung des Autors, wodurch der jenem vertragsmäßig gesicherte Absatz beeinträchtiget würde. Aus demselben Gesichtspunkte wird die Befugniß des Autors zur Aufnahme eines Werkes, dessen Verlag er vergeben hat, in eine Sammlung oder Gesammtausgabe seiner Werke **(Art. 837)** beschränkt.

Die Ueberlassung einer literarischen oder artistischen Arbeit an den Verleger oder Redakteur eines aus den Beiträgen mehrerer Autoren bestehenden Sammelwerkes oder einer Zeitschrift geschieht in der Regel nur mit der Absicht der Veröffentlichung in dem Sammelwerke oder der Zeitschrift, und es liegt daher in der Einsendung eines solchen Beitrages keine über diesen Zweck hinausgehende Uebertragung eines Verlagsrechtes. **(Art. 838.)** Aber auch dem Autor steht es nicht zu, von seinem Rechte einen solchen anderweiten Gebrauch zu machen, wodurch der Absatz der einen Bestandtheil des Sammelwerkes bildenden Arbeit beeinträchtiget würde. Bildet daher diese ein auch zum gesonderten Verkehr geeignetes Werk, — wie bei historischen Sammelwerken die Monographie der Geschichte eines einzelnen Staates, — so darf er dasselbe nicht zum Nachtheil des Sammelwerkes besonders herausgeben. Anders verhält es sich mit den Beiträgen zu Zeitschriften und ähnlichen Sammelwerken, in welche die einzelnen Arbeiten in solcher Art aufgenommen werden, daß sie in der dadurch bedingten Form keinen besonderen Vertriebsgegenstand bilden können. Hier ist dem Autor die Vervielfältigung seiner Arbeit in einer wesentlich andern Gestaltung, für sich allein oder als Bestandtheil einer Sammlung seiner Werke, unverwehrt. Dagegen würde die Benützung derselben als Beitrag zu einer gleichartigen Sammlung durch die den Absatz des Sammelwerkes beeinträchtigende Konkurrenz als Eingriff in den Verlagsvertrag zu betrachten seyn. Selbst bei der erlaubten weitern Benutzung in der im **Art. 839 Abs. 1** bezeichneten Art erschien es sachgemäß, eine Frist festzusetzen, vor deren Ablauf diese Benutzung nicht stattfinden soll, weil dieselbe in der nächsten Zeit nach der Aufnahme der Arbeit in das Sammelwerk auf dieses immerhin eine nachtheilige Rückwirkung zu äußern geeignet seyn würde.

Die Uebersetzung eines Werkes in eine andere Sprache ist nur in untergeordnetem Sinne als eine neue geistige Arbeit zu betrachten; vielmehr ist der Gesichtspunkt überwiegend, daß durch dieselbe das Erzeugniß des Autors nur in einem anderen Gewande reproduzirt wird. Der Autor ist überdieß in hohem Grade dabei interessirt, daß sein Werk nicht durch eine schlechte Uebersetzung verstümmelt und verunstaltet werde. Das Verlagsrecht desselben muß daher auch auf diese Art der Benützung erstreckt werden. In dem Verlagsvertrage über das Originalwerk ist die Uebertragung dieses Theiles des Autorrechtes nicht nothwendig mitbegriffen. Wenn daher keine besondere Disposition darüber getroffen ist, so bleibt dasselbe dem Autor vorbehalten, da nach den Grundsätzen über die Auslegung der Rechtsgeschäfte (I. Art. 78) jede Veräußerung im Zweifel in einem

geringeren Umfange aufgefaßt werden muß. Es sind jedoch Fälle denkbar, wo die Ausübung dieser Befugniß des Autors den Vertrieb des in Verlag gegebenen Originalwerkes beeinträchtigen würde, wie wenn dieses in einer fremden Sprache geschrieben wäre und der Autor dasselbe nun in der Landessprache erscheinen lassen wollte. Hierin würde eine Verletzung des durch den Verlagsvertrag begründeten Interesse des Verlegers liegen, welcher nicht stattgegeben werden kann. **(Art. 840.)**

Der Autor hat in der Regel ein über den Gewinn des Honorars hinausreichendes mannichfaches Interesse an der Veröffentlichung und Verbreitung seines Werkes. Abgesehen von seinen höheren idealen Zwecken kann dieselbe, indem sie den Inhalt seines Produktes dem öffentlichen Urtheile und der wissenschaftlichen Kritik unterwirft, für ihn zu neuen Anregungen und Produktionen führen, sie bedingt seine weitere Thätigkeit auf dem Gebiete der Literatur oder Kunst und häufig selbst eine glückliche Umgestaltung seiner Lebensverhältnisse. Der Verleger kann sich daher den in dieser Hinsicht durch den Verlagsvertrag übernommenen Verbindlichkeiten nicht willkürlich entziehen. **(Art. 841, 842.)**

Er ist aber zugleich verpflichtet, das Werk so zu veröffentlichen, wie es ihm vom Autor übergeben ist. Diesem muß es sogar freistehen, auch nach dem Beginne von Satz und Druck Aenderungen vorzunehmen, so weit dieses ohne erhebliche Beeinträchtigung des Verlegers geschehen kann, weil beiden Theilen daran gelegen seyn muß, dem Werke die möglichste Vollkommenheit zu verleihen. **(Art. 843.)**

Zur Abschneidung von Zweifeln und Streitigkeiten wird im **Art. 844** hinsichtlich der Verpflichtung zur Besorgung der Korrektur der Druckbogen als Regel aufgestellt, daß sie dem Verleger obliege, weil sie zu der von ihm übernommenen Ausführung des Vertrags gehört, während die Verbindlichkeit des Autors durch die Ablieferung des Manuscriptes erfüllt ist. Die weitere Frage, ob derselbe schuldig sey, dem Autor, soferne dieser ein Interesse daran hat, das zur Vervielfältigung gebrauchte Manuscript oder sonstige Original zurückzugeben, muß bejahend entschieden werden, weil nicht diese körperliche Sache, sondern das Recht der Vervielfältigung und Veröffentlichung des geistigen Werkes den Gegenstand des Vertrags bildet, mithin nur der Gebrauch nicht das Eigenthum jener Behelfe dem Verleger übertragen wird.

Hinsichtlich der nach der obigen Ausführung zu Art. 841 dem Verleger aufliegenden Pflicht der gehörigen Verbreitung des in Verlag übernommenen Werkes, ist die Festsetzung der Verkaufspreise von Wichtigkeit und der Verleger muß die desfalls etwa getroffenen Verabredungen befolgen. Fehlen solche, so bleibt ihm die Festsetzung anheimgestellt. **(Art. 846.)**

Wenn gleich die Zusage eines Honorars an den Autor nicht zur Wesenheit des Verlagsvertrages gehört, und es wohl auch vorkommt, daß der Autor vielmehr die Kosten des Druckes selbst auf sich nimmt, so bildet es doch die Regel, daß ein Honorar in Geld oder in anderen Leistungen stipulirt wird. Der daraus hervorgehende pekuniäre Gewinn ist der Beweggrund mancher literarischen Thätigkeit, nicht selten die Quelle des Lebensunterhaltes für den Autor. Derglei-

chen Verhältnisse, der Umstand, daß der Autor sich seine Werke honoriren zu lassen pflegt, begründen in Ermanglung einer ausdrücklichen Verabredung einen sicheren Schluß über die Intention der Kontrahenten, daß ein entsprechendes Honorar geleistet werden soll. Die weiter erforderlichen Verfügungen über die rechtlichen Beziehungen, welche in Betreff dieses Gegenstandes in mehrfacher Richtung hervortreten, sind dem hier maßgebenden Verhältnisse entsprechend in den **Art. 847** bis **851** aufgestellt.

Die Auflösung des Verlagsvertrages ist im Allgemeinen nach den auch für die übrigen Verträge geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Es erscheint jedoch zweckmäßig, ihre Anwendung auf einige diesem Rechtsgeschäfte eigenthümliche Vorkommenheiten besonders festzusetzen. Hierher gehört der Fall, wenn vor der Ablieferung des Werkes an den Verleger die Vollendung desselben durch eine in der Persönlichkeit des Autors zufällig eingetretene Veränderung oder durch seinen Tod unmöglich geworden ist. Durch ein solches Ereigniß wird der Vertrag aufgelöst, weil seine Ausführung auf jene Persönlichkeit berechnet ist, und daher eine Substitution, selbst wo sie an sich möglich wäre, keinem Theile zugemuthet werden kann. Geht das Werk vor der Ablieferung bei dem Autor zu Grunde, so trifft diesen der Zufall, und er kann die Gegenleistung von dem Verleger nicht verlangen, soferne er nicht im Stande ist, dem Vertrage durch Wiederherstellung des Werkes in der vertragsmäßigen Zeit Genüge zu leisten. **(Art. 853.)** Dagegen trifft der Zufall den Verleger, wenn der Autor durch Ablieferung des Werkes den Vertrag erfüllt hat, und dasselbe nachher zu Grunde geht. Die Billigkeit erfordert jedoch, daß der Autor in einem solchen Falle durch Herstellung einer Abschrift des Manuscriptes zur Abwendung des Schadens behilflich sey, wenn dieses möglich ist und ohne zu große Belästigung des Autors geschehen kann. **(Art. 852.)** Wenn dem Autor das Verlagsrecht an dem Werke gar nicht zustand, so ist der Verleger berechtiget, von dem Vertrage zurückzutreten und den Ersatz des ihm dadurch erwachsenden Schadens zu fordern, weil der Autor nicht leistet, was ihm nach dem Vertrage obliegt. Hatte jedoch der Verleger bei dem Vertragsabschlusse Kenntniß von jenem Mangel, so muß angenommen werden, daß er die dadurch für ihn begründete Gefahr auf sich genommen habe. **(Art. 854.)**

Wenn gegen den Verleger das Gantverfahren eröffnet wird, während der Verlagsvertrag noch keine Vollziehung erhalten hat, so muß es dem Autor erlaubt seyn zurückzutreten, weil nach der Natur dieses Vertrages anzunehmen ist, daß derselbe nur in der Voraussetzung abgeschlossen worden sey, daß beide Parteien persönlich befähiget bleiben, das Unternehmen in der verabredeten Weise durchzuführen. Dieses müßte ihm selbst dann noch gestattet seyn, wenn er seinerseits durch Ablieferung des Manuskripts den Vertrag vollzogen, und wenn selbst bereits der Druck begonnen hat. Denn das Manuskript wird durch die Behändigung an den Verleger nach den obigen Erörterungen nicht als Eigenthum auf denselben übertragen, es soll lediglich die Ausführung der den Vertragsgegenstand bildenden Benutzung des dem Autor zustehenden Verlagsrechtes dem Verleger ermöglichen. Der Autor kann es daher zurücknehmen, wenn der Verleger außer Stand

gesetzt ist, den Vertrag seinerseits zu erfüllen. Die strenge Durchführung dieses Gesichtspunktes in solcher Anwendung würde jedoch häufig zu großen Verwickelungen führen, wenn die Vervielfältigung des Werkes schon bedeutend vorangeschritten ist, und jedenfalls würde eine nicht zu billigende Härte gegen die Massegläubiger darin liegen, wenn der auf das Unternehmen bereits gemachte Aufwand für das Massevermögen verloren, und es ihnen nicht vielmehr gestattet seyn sollte, in den Verlagsvertrag ihres Schuldners auf Rechnung der Masse einzutreten, indem sie dem Autor für die ihm aus dem Vertrage erwachsenden Ansprüche Sicherheit leisten. Deshalb stellt der **Art. 856** hierüber eine dem Art. 829 über die Werkverdingung einigermaßen analoge Bestimmung auf. Eine vollkommene Gleichstellung kann deshalb nicht Platz greifen, weil beide Verhältnisse immerhin wesentliche Verschiedenheiten darbieten, namentlich darin, daß die Ganteröffnung nicht nothwendig das Aufhören der Verlagshandlung nach sich zieht, dieselbe vielmehr veräußert oder von einem der Gläubiger übernommen zu werden pflegt. Hat der Vertrag in Betreff des Druckes und Vertriebs des Werkes bereits seine Vollziehung erhalten und ist der Verleger nur im Rückstande mit seinen Verpflichtungen in Ansehung des Honorars, so versteht es sich von selbst, daß die darauf gegründete Forderung des Autors sich nicht wesentlich von den übrigen Forderungen an den Gemeinschuldner unterscheidet, und daß er sie nach den allgemeinen Grundsätzen im Konkurse geltend machen muß.

Dreiundzwanzigstes Hauptstück.

Bürgschaft und Kreditauftrag.

1) Bürgschaft.

Die Uebereinkunft zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, vermöge welcher dieser neben dem Schuldner zur Sicherung des Gläubigers für die Schuld einzustehen sich verpflichtet (Bürgschaft), enthält eine akzessorische Interzession für eine fremde Schuld und begründet eine durch dieses akzessorische Verhältniß modifizirte Correalverpflichtung des Hauptschuldners und des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Dieses akzessorische Verhältniß der Verpflichtung des Bürgen zu jener des Hauptschuldners muß dem Gläubiger gegenüber erklärt seyn. Ohne diese formelle Voraussetzung kann bei der Eingehung einer Correalschuld unter den Mitschuldnern gleichwohl eine Verbürgung des Einen für den Andern bezweckt seyn, dann nämlich, wenn nur Einer der Mitschuldner den Vortheil aus dem Geschäfte hat, und in diesem Falle steht dem Interzedenten, welcher — als Mitschuldner von dem Gläubiger auf das Ganze belangt — bezahlt hat, gegen den anderen Mitschuldner, den eigentlichen Hauptschuldner der Regreß gleichfalls zu. Eine Bürgschaft im eigentlichen Sinne wird aber erst dadurch begründet, daß auch dem Gläubiger gegenüber die Uebernahme einer bloß akzessorischen Haftung neben jener des Hauptschuldners erklärt wird.

Aus dem Wesen der Bürgschaft als eines akzessorischen Rechtsverhältnisses folgt einerseits, daß die Haftung des Bürgen abhängig seyn muß von dem rechtlichen Bestande einer Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger; andrerseits, daß der von dem letzteren in Anspruch genommene Bürge verlangen kann, daß der Gläubiger vorerst von dem Hauptschuldner seine Befriedigung zu erlangen suche. Diese Berechtigung des Bürgen, dem Gläubiger die Einrede der Vorausklagung entgegen zu halten und damit dessen Anspruch vor der Hand abzulehnen, hängt aber von der Willkür des Bürgen ab und unterliegt dem freien Verzichte. Deshalb ist der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen, soferne die Schuld fällig und vom Hauptschulder nicht bezahlt ist, von vorneherein kein subsidiärer, und nicht durch die Uneinbringlichkeit der Schuld gegenüber dem Hauptschuldner bedingt. Eine solche Beschränkung erleidet das Recht des Gläubigers erst durch die Willensthätigkeit des Bürgen, indem er der Klage des Gläubigers die Einrede der Vorausklagung entgegensetzt. Demnach enthält sich der Entwurf bei der Begriffsbestimmung der Bürgschaft der Aufnahme des in mehrere neuere Gesetzgebungen aufgenommenen subsidiären Moments der Verpflichtung des Bürgen, stellt es vielmehr in des Gläubigers Wahl, ob er den Hauptschuldner oder den Bürgen mit der Schuldklage belangen will, falls der letztere nicht schon ausdrücklich erklärt hat, erst dann haften zu wollen, wenn der Gläubiger seine Befriedigung von dem Hauptschuldner nicht sollte erlangen können. Hierin liegt nur eine von dem Bürgen willkürlich an seine Haftung geknüpfte Einschränkung, indem er schon bei dem Vertragsabschlusse sich die Berechtigung vorbehalten, den Gläubiger an den Hauptschuldner zu verweisen. Es hat daher die Schadlosbürgschaft in diesem Sinne keine im Gesetze besonders hervorzuhebende Eigenthümlichkeit an sich. **(Art. 858.)**

Ist die fremde Schuld von dem Interzedenten „als Selbstzahler oder als Selbstschuldner" gegenüber dem Gläubiger übernommen worden, so wird hiedurch an dem Wesen der Bürgschaft nichts geändert. Es liegt hierin lediglich ein sofortiger Verzicht des Bürgen auf sein Recht, den Gläubiger vorerst auf die Ausklagung des Hauptschuldners hinzuweisen —, ein Sinn, welcher jenen Worten von allen Gesetzgebungen gleichmäßig beigelegt wird. **(Art. 859.)**

Die neuere Gesetzgebung erkennt das Bedürfniß, gewisse Personen, welchen das Recht der freien Verfügung über ihr Vermögen zusteht, gegen den Abschluß nachtheiliger Verträge besonders in Schutz zu nehmen, in der Ausdehnung wie dies in der älteren Gesetzgebung geschieht nicht mehr an. Es läßt sich nicht wohl behaupten, daß die nachtheiligen Folgen aus einer übernommenen Bürgschaft sich der Erkenntniß minder einsichtiger Personen mehr entziehen, als jene aus anderen wichtigen Rechtsgeschäften. Man ist daher nicht berechtiget, bei diesem Rechtsgeschäfte ausnahmsweise für eine gewöhnlich minder einsichtige und besonnene Klasse von Personen eine besondere Belehrung über die Rechtsfolgen zu fordern. Indem der Entwurf zur giltigen Eingehung der Bürgschaft eine ausdrückliche und urkundliche Willenserklärung (vergl. Art. 868 Abs. 1) fordert, kann er sich (im Einklange mit anderen Gesetzgebungen) der Aufstellung besonderer Schutzmittel

für gewisse Personen, namentlich für jene weiblichen Geschlechts, wohl enthalten, zumal unter dem älteren — ohne die Einführung einer allgemeinen Geschlechtskuratel jedenfalls inkonsequenten — Systeme, der zugelassene Verzicht der interzedirenden Frauensperson auf das gegebene Schutzmittel erfahrungsgemäß zu einer leeren Formalität herabsank. Die im Eherechte aufzustellenden Grundsätze machen es dagegen nothwendig, daß die Rechtsbeständigkeit der Bürgschaft einer Ehefrau für die Schuld eines Dritten durch die Einwilligung des Ehemannes hiezu, und zwar in einer sofort erkennbaren Weise, daher in schriftlicher Form, bedingt werde. Die ohne diese Einwilligung des Ehemannes von der Ehefrau übernommene Bürgschaft ist im Sinne der Bestimmungen der Art. 84, 85 und 86 des allgemeinen Theils ein anfechtbares Rechtsgeschäft und unterliegt, abgesehen von dem im Art. 84 Abs. 1 bezeichneten Falle, der Anfechtung sowohl von Seite der Ehefrau als des Ehemannes. In Gemäßheit des im Art. 83 Abs. 2 a. a. O. gemachten Vorbehalts bezüglich der Bestimmung der Anfechtungsfrist war für den hier gegebenen Fall diese Frist sofort zu bestimmen. **(Art. 860.)**

Besteht für den Schuldner die Verpflichtung, dem Gläubiger einen Bürgen zu stellen, so ist dieser Verpflichtung nur dann Genüge geleistet, wenn die Person des zu stellenden Bürgen den Zweck der Bürgschaft vollkommen zu erfüllen im Stande ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Bürge außer der vollkommenen persönlichen Fähigkeit zur Uebernahme der Bürgschaft auch im Besitze eines sicheren, für die Deckung der Schuld ausreichenden und für den Gläubiger ohne Schwierigkeit erreichbaren Vermögens ist. Gegenüber der großen Menge Vermögens, welche heutzutage in beweglichen Werthen, namentlich in Kapitalien liegt, konnte eine Beschränkung auf das Vermögen in liegenden Gütern nicht mehr festgehalten werden. — Fallen bei dem gestellten Bürgen hinterher die Voraussetzungen weg, vermöge welcher derselbe den Zweck der Bürgschaft zu erfüllen im Stande war, so lebt die Verpflichtung des Schuldners zur Sicherstellung der Forderung, also zur Stellung eines anderen tauglichen Bürgen wieder auf. Dies muß selbst dann gelten, wenn der Bürge eine vom Gläubiger selbst verlangte Person war, insoferne die Garantien seiner von dem Gläubiger durch dieses Verlangen anerkannten Tauglichkeit später wegfallen. Es muß angenommen werden, daß der Gläubiger bei seinem Verlangen, eine bestimmte Person als Bürgen zu stellen, die hiedurch gebotene objektive, reelle Sicherung seiner Forderung, nicht aber die Persönlichkeit allein im Auge gehabt habe. **(Art. 861.)**

Vermöge der akzessorischen Natur der Verpflichtung aus der Bürgschaft ist, wie bereits erwähnt, deren Wirksamkeit durch das Bestehen einer giltigen Verbindlichkeit des Hauptschuldners bedingt. Die Bürgschaft ist daher unwirksam, wenn eine Hauptschuld überhaupt nicht zur rechtlichen Existenz gelangt ist, oder vermöge einer Einrede, welche ihr gleich von Anfang an entgegenstand, entkräftet wird, ingleichem, wenn die Hauptschuld, sey es infolge eines schon bei ihrer Entstehung vorhandenen oder erst nachher hinzugetretenen Grundes (wie z. B. infolge der Verjährung) wieder erlischt, soferne nicht in dem letzteren Falle die Voraussetzung des Art. 877 Abs. 2 zutrifft (vergl. Art. 887). — Aber auch für eine an

eine Bedingung geknüpfte oder für eine künftige, ihrem rechtlichen Zustandekommen nach ganz ungewisse Hauptschuld kann eine Bürgschaft übernommen werden; dieselbe kömmt jedoch erst mit dem Eintritte der Bedingung oder mit dem Momente, in welchem die Hauptschuld zur rechtlichen Existenz gelangt, zur Wirksamkeit, weil sie nur unter diesen Voraussetzungen wirksam übernommen werden kann. **(Art. 862.)**

Wird die Bürgschaft für die Verbindlichkeit einer Person, welche selbständig sich nicht rechtsgiltig verpflichten kann (vgl. Art. 4 mit Art. 83 u. ff. des allg. Theils), unter Kenntniß der Eigenschaft, welche das Entstehen einer vollkommen wirksamen Hauptschuld hindert, auf Seite des Bürgen eingegangen, so kann nur eine prinzipale Uebernahme der Schuld als beabsichtiget angenommen werden. Der Zweck einer solchen Bürgschaft kann nur darin liegen, den Gläubiger gegen die von dem Bürgen erkannten rechtlichen Mängel der Hauptschuld und gegen die hieraus fließenden Anfechtungsgründe zu sichern, d. h. als Selbstschuldner einzustehen. Gleichwohl kann eine solche Bürgschaft auch in der Unkenntniß jener Eigenschaft des Hauptschuldners, welche dessen wirksame Verpflichtung hindert, eingegangen werden, es muß daher dem Bürgen der Nachweis hierüber gegen jene Annahme des Gesetzes vorbehalten bleiben. Der Bürge, welcher mit Kenntniß jenes Hinderungsgrundes handelte, kann sich ferner gegen die Annahme seiner Haftung als Selbstschuldner auch schon bei Uebernahme der Bürgschaft durch eine ausdrückliche Erklärung dem Gläubiger gegenüber schützen; deshalb der weitere Vorbehalt des **Art. 863.**

Das heutige durch die Formen des römischen Rechts nicht mehr beengte Recht, läßt bei der Eingehung der Bürgschaft ihrem Inhalte nach und im Verhältnisse zu jenem der Hauptschuld einige weitergehende Modifikationen zu, wodurch das Wesen des Vertrages gleichwohl nicht aufgehoben wird. Außer der selbstverständlichen Zuläßigkeit einer Beschränkung der Bürgschaft auf einen Theil der Hauptschuld und auf weniger lästige Bedingungen, als jene, welche mit der Erfüllung der letzteren und deren Nebenverpflichtungen verknüpft sind, wird das Wesen der Bürgschaft auch dadurch nicht alterirt, daß der Bürge sich vorbehält, die Befriedigung des Gläubigers durch eine andere Leistung, als worauf die Hauptschuld gerichtet ist, zu bewirken, soferne jene nur nicht größer ist, als diese. Es liegt hierin nur eine weitere Verabredung mit dem Gläubiger hinsichtlich der Zahlung dahin vor, daß eine Hingabe an Zahlungsstatt in einer bestimmten Art zuläßig sey. Ebensowenig wird an dem Wesen der Bürgschaft etwas geändert, wenn der Bürge sich dem Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung bezüglich der Erfüllung seiner akzessorischen Verpflichtung verbindlich macht, welche entweder für die Hauptschuld gar nicht oder doch in geringerem Maße besteht. **(Art. 864.)** Dagegen steht das Versprechen des Bürgen, an den Gläubiger eine *größere Leistung* zu bewirken, als worauf die Hauptschuld gerichtet ist, oder unter *lästigeren Bestimmungen*, als solche für die Hauptschuld bestehen, im Widerspruch mit der akzessorischen Natur dieses Vertrages. Es muß daher die Rechtsgiltigkeit der Bürgschaft als solcher auf die Grenzen der Hauptschuld beschränkt werden. In

manchen Fällen überschreitet das Versprechen des Bürgen nur scheinbar die Grenzen der Hauptschuld, so z. B. wenn der Bürge für die Zahlung einer unverzinslichen Hauptschuld auf einen späteren Termin, als für die erstere bedungen ist, einzustehen sich verpflichtet und für den Fall seiner Inanspruchnahme Zinsen dem Hauptschuldner zusichert. Ueberschreitet dagegen das Versprechen des Bürgen wirklich die Grenzen der Hauptschuld und kann dasselbe, nach den Umständen, als ein prinzipales Schuldversprechen bezüglich des Mehrbetrags zu Gunsten des Gläubigers des Hauptschuldners aufgefaßt werden, so kann die Rechtsgiltigkeit desselben ungeachtet der Verknüpfung mit dem eigentlichen Bürgschaftsversprechen nicht bezweifelt werden, und kann als Schenkung gelten, insoferne es die übrigen hiezu gehörigen Erfordernisse an sich trägt. **(Art. 865.)**

Wer bei dem Gläubiger dafür interzedirt, daß der Bürge seine Verpflichtung erfüllen werde, ist Afterbürge (Nachbürge, Ueberbürge). Für ihn ist die Verbindlichkeit des Bürgen die Hauptschuld, und vermöge der gleichfalls nur akzessorischen Eigenschaft seiner Verpflichtung kann er sowohl die Vorausklagung des Hauptschuldners als jene des Hauptbürgen verlangen. Hat aber der Afterbürge ausdrücklich nur dann und nur dafür einzustehen sich verpflichtet, wenn und insoweit der Gläubiger von dem Hauptschuldner und von dem Hauptbürgen seine Befriedigung nicht sollte erlangen können, so liegt eine sogenannte Schadlosbürgschaft vor, worüber schon zu Art. 856 das Geeignete bemerkt wurde. **(Art. 866.)**

Die Bürgschaft kann nicht nur im Einverständnisse mit dem Hauptschuldner, auf dessen Veranlassung und Auftrag, sondern auch ohne dessen Vorwissen infolge einer Geschäftsführung ohne Auftrag für den Hauptschuldner und selbst gegen dessen Willen, dem Gläubiger gegenüber übernommen werden. **(Art. 867.)** Indem das Gesetz **(Art. 868 Abs. 1)** zur Eingehung einer giltigen Bürgschaft eine ausdrückliche Erklärung des Willens als Bürge für eine fremde Schuld einzustehen und diese Erklärung in schriftlicher Form fordert, sichert es dadurch eine reifliche Ueberlegung und die Erwägung der nachtheiligen Lage, in welche der Bürge durch die eingegangene Verpflichtung kommen kann. Die Bestimmung des zweiten Absatzes des **Art. 868** ist nur eine Anwendung des aufgestellten Erfordernisses einer ausdrücklichen Willenserklärung auf ein nicht seltenes Vorkommniß. Bei der Bürgschaft der Ehefrau für Schulden des Ehemannes macht sich die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung der ersteren durch die Einwirkung des letzteren, besonders geltend. Deßhalb fordert hier der Entwurf zur giltigen Uebernahme der Bürgschaft deren Erklärung in einer öffentlichen Urkunde. Bei dieser Form wird die erforderliche Willensfreiheit sowie die Erkenntniß der nachtheiligen Folgen der einzugehenden Verpflichtung auf Seite der Ehefrau durch eine pflichtgemäße Erforschung über das Vorhandenseyn dieser beiden Voraussetzungen von Seite des instrumentirenden Beamten gewährleistet und es bedarf des Gebotes einer besonderen Belehrung über die rechtlichen Folgen der Bürgschaftsübernahme nach dem bereits zu Art. 861 Abs. 1 Bemerkten nicht. **(Art. 869 Abs. 1.)** Damit aber auch jene nachtheiligen Einflüsse auf die Willensfreiheit der interzedirenden Ehefrau

unschädlich gemacht werden, welche von drängenden Gläubigern des Ehemannes ausgehen können und weil eine der Ehefrau abgedrungene Bürgschaft auch ihr eigenes Vermögen gefährdet, welches häufig den Lebensunterhalt der Familie allein noch gewährleistet, so fordert der Entwurf (als Ausnahme von der Regel des Art. 867) für diese Art der Bürgschaft gleichfalls die Einwilligung des Ehemannes, als des Hauptschuldners. **(Art. 869 Abs. 2.)**

Aus dem Wesen der Bürgschaft, als der akzessorischen Uebernahme einer fremden Schuld, wobei die Gefahr der Erfolglosigkeit des Regresses gegen den Hauptschuldner für den Bürgen oft nahe liegt, ergibt sich in höherem Grade als bei den meisten anderen Schuldverhältnissen die Nothwendigkeit einer einschränkenden Interpretation. **(Art. 870.)** Die Verpflichtung des Bürgen darf in keinem weiteren Umfange als bestehend angenommen werden, als worauf dieselbe ausdrücklich oder vermöge ihrer rechtlichen Natur in unbezweifelter Weise gerichtet ist. In der letzteren Beziehung muß in einer allgemein, unter keiner Beschränkung eingegangenen bürgschaftlichen Verpflichtung, auch die Haftung des Bürgen für die aus der Hauptschuld entspringenden gesetzlichen Nebenverbindlichkeiten gefunden werden. Der Bürge muß ferner nothwendig auch für jede Gestaltung einstehen, welche die Hauptschuld infolge ihrer Verbindung mit der Person des Hauptschuldners erleidet, und zwar sowohl durch Unterlassungen als durch Handlungen desselben, soweit die letzteren nicht eine Ausdehnung der ursprünglichen Hauptschuld involviren. Es treffen daher den Bürgen die Folgen des Verzugs des Hauptschuldners, insbesondere die Haftung für die Verzugszinsen, ferner für den Ersatz des dem Gläubiger verursachten Schadens und Kostenaufwandes. — Die Haftung des Bürgen aus einer allgemein und unbeschränkt übernommenen Bürgschaft für vertragsmäßige Zinsen und für die Konventionalstrafe beruht auf einer Interpretation einer solchen Bürgschaftsübernahme. Ist nämlich die Hauptschuld schon bei der Uebernahme der Bürgschaft vertragsmäßig eine verzinsliche, oder ist an dieselbe ein Strafgeding geknüpft und hat hievon der Bürge bei der Uebernahme Kenntniß, so muß die Bürgschaft nothwendig auch auf alle diese dem Bürgen bekannten Bestandtheile der Hauptschuld bezogen werden. Fehlt es aber an einer dieser beiden Voraussetzungen, wie z. B. wenn das Zinsversprechen oder das Strafgeding erst nach der Uebernahme der Bürgschaft, wenngleich unter Kenntniß des Bürgen, zu der Hauptschuld kömmt, so ist eine Ausdehnung der Bürgschaft hierauf unzulässig, weil hiedurch die Lage des Bürgen, infolge einer nicht schon in der Natur der Hauptschuld liegenden Veränderung und Vergrößerung derselben, hinterher verschlimmert würde.

Der Bürge kann jene Kosten, welche dem Gläubiger auf die Ausklagung des Hauptschuldners erwachsen, dem ersteren durch dessen Befriedigung ersparen. Leistet er keine Zahlung, nachdem ihm der Gläubiger von seinem Entschlusse, den Hauptschuldner gerichtlich belangen zu wollen, rechtzeitig Kenntniß gegeben, oder weist er auf die gegen ihn gestellte Schuldklage den Gläubiger auf die Ausklagung des Hauptschuldners hin, so haftet er für die von dem Gläubiger hierauf verwendeten Kosten, weil er diesen Kostenaufwand in beiden Fällen verursacht hat.

(Art. 871.) Die Bestimmungen des **Art. 872** sind lediglich Folgerungen, welche sich aus den ebenerörterten Grundsätzen auf einige besondere Fälle ergeben und bedürfen keiner weiteren Rechtfertigung.

Der Entwurf (übereinstimmend mit dem österr. G. B. §. 1359 und dem preuß. L. R. Thl. I. Tit. 14 §. 373—379, jedoch abweichend von dem gem. Rechte und dem franz. Civ. G. B. Art. 2026) gibt dem Mitbürgen die Rechtswohlthat der Theilung nicht, sondern läßt die Mitbürgen sammtverbindlich dem Gläubiger haften. Zugleich wird hier der Begriff des Mitbürgen in der Art aufgestellt, daß es keinen Unterschied macht, ob die Uebernahme der Bürgschaft für eine und dieselbe Hauptschuld in einem und demselben Verbürgungsakte oder in aufeinanderfolgenden Akten erfolgt, noch ob in dem letzteren Falle der spätere Bürge von der früheren Verbürgung Kenntniß gehabt hat oder nicht. Das Gesetz muß zum Zwecke der möglichsten Sicherung des Gläubigers dessen Befriedigung auf dem einfachsten Wege ermöglichen; hiemit ist aber die Gestattung der Rechtswohlthat der Theilung unverträglich. Dieselbe kann auch nicht als unter den Kontrahenten beabsichtiget angenommen werden. Wenn der Gläubiger sich mehrere Bürgen stellen läßt, wenn er insbesondere zu dem zuerst gestellten später noch einen weiteren verlangt, so geschieht dieß gewiß nicht, um sich dadurch gezwungen zu sehen, seine Ansprüche gegen die mehreren Bürgen zu theilen. Geht man aber von diesem den Credit fördernden Prinzipe aus, so besteht darüber, daß die Verpflichtung den mehreren Bürgen für dieselbe Schuld schlechthin nach den Grundsätzen über die Sammtverbindlichkeit beurtheilt werden müsse, überall kein Bedenken. (Vergl. auch preuß. L. R. a. a. O. §. 378.)

Wenngleich das Bürgschaftsverhältniß, wie schon oben bemerkt, nicht in der Art als ein subsidiäres aufgefaßt werden kann, daß der Gläubiger nicht berechtiget wäre, sich an den Bürgen zu wenden, ehe er bei dem Hauptschuldner vergeblich seine Befriedigung zu erlangen versucht hat, so muß es doch dem Bürgen zustehen, die Vorausklagung des Hauptschuldners zu verlangen, solange bei diesem die Befriedigung erholt werden kann, weil der Zweck der Bürgschaft lediglich in der Sicherung des Gläubigers für das dem Bürgen selbst fremde Schuldverhältniß besteht. Daß die Einrede der Vorausklagung in der Hand des Nachbürgen sich auch auf die Vorausklagung des Hauptbürgen erstrecke, wurde bereits oben bemerkt. Das System des französischen Rechts (Art. 2023, 2024) in diesem Punkte empfiehlt sich wegen seiner mit der Natur des hier vorliegenden Rechtsverhältnisses nicht wohl zu vereinigenden Härte gegen den Bürgen nicht zur Annahme. Die dort dem Bürgen auferlegte Pflicht zur Bezeichnung der greifbaren Vermögensstücke des Hauptschuldners, falls er den Gläubiger an diesen mittelst der Einrede der Vorausklage hinweisen will, ist für den letzteren von keinem besonderen Werthe, weil in der Regel die äußerlich erkennbaren Vermögensumstände des Hauptschuldners ebensogut dem Gläubiger als dem Bürgen bekannt sind, und führt, im Falle diese Bezeichnung von Seite des Gläubigers beanstandet wird, leicht zu unnöthigen Weiterungen. Das Interesse des Gläubigers wird vielmehr hinlänglich durch die Bestimmung gewahrt, wonach die Einrede der Vorausklage hinwegfällt, wenn der

Hauptschuldner in Vermögensverfall gerathen oder die Ausklagung wegen seiner Abwesenheit mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist (vergl. Art. 875 Nr. 3 u. 4), sowie auch durch die Verpflichtung des Bürgen zum Ersatze der dem Gläubiger durch die Vorausklagung veranlaßten Kosten (vergl. Art. 871 Abs. 3). **(Art. 874.)**

Die Korrealverbindlichkeit, welche zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner besteht, verliert hinsichtlich des ersten ihre akzessorische Eigenschaft, wenn die Einrede der Vorausklage wegfällt. Dieß geschieht durch Verzicht hierauf, wobei es genügt, wenn nur darüber kein Zweifel besteht, daß der Bürge seine Einreden aufgeben wolle, ohne daß eine ausdrückliche Bezeichnung gerade dieser Einrede in dem Verzichts-Akte nöthig ist (vergl. Art. 878). Auch stillschweigend kann dieser Verzicht gegeben seyn; so z. B. wenn der Bürge sich zur Zahlung „auf Vorzeigen" der Verbürgungsurkunde verpflichtet. Selbstverständlich fällt diese Einrede in den Fällen der Art. 859 und 863 weg. Allein auch dann kann sie von dem Gläubiger abgelehnt werden, wenn die Ausklagung des Hauptschuldners wegen dessen Abwesenheit, im Gegensatze zu der Durchführung der Klage gegen den Bürgen, mit Schwierigkeiten verknüft ist, oder wenn die Vorausklagung des Hauptschuldners sich wegen dessen Vermögensverfalls als voraussichtlich erfolglos darstellt. Der Entwurf hat hier jenen thatsächlichen Zustand einer, wenn auch nur momentanen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Auge, welcher nicht immer die formelle Conkurseröffnung zur Folge hat und auf verschiedene Weise zu Tag treten kann. — Endlich stellt der Entwurf (in Uebereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungen) das bösliche Ableugnen der Bürgschaft als weiteren Grund des Wegfalls der Einrede der Vorausklage nicht auf; eine solche Bestimmung würde auf dem Gebiete des Civilrechts jeder Begründung entbehren. **(Art. 873.)**

Die dilatorische Wirkung der Einrede der Vorausklage hört für den Bürgen auf, wenn der Gläubiger das Vorliegen einer der Voraussetzungen nachweist, welche der **Art. 876** bezeichnet. Die letzte derselben kann sich schon ergeben, bevor der Gläubiger den Weg der Hilfsvollstreckung betritt und zwar infolge verschiedenartiger Veränderungen des Vermögensstandes oder der persönlichen Verhältnisse des Hauptschuldners. In diesen Beziehungen muß die Beurtheilung, ob eine „„ungebührliche Beschwerniß"" für den Gläubiger gegeben sey, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleiben, will man nicht in eine kasuistische Aufstellung eingehen, welche hier mit der Gefahr der Unvollständigkeit immerhin verknüpft wäre.

Aus dem Verhältnisse der akzessorischen Korrealverpflichtung, welche den Bürgen mit dem Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger verknüpft, sowie aus der Regreßpflicht des Hauptschuldners gegen den Bürgen kraft des Uebergangs der Klagerechte des von dem Bürgen befriedigten Gläubigers auf ihn, folgt, daß der Bürge der Klage des Gläubigers — außer den ihm selbst aus der Bürgschaftsübernahme und in seiner Eigenschaft als Bürge zustehenden Einreden — in der Regel auch die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zukommenden Einreden entgegensetzen könne. Die Einreden der letzteren Art können sich ebenso auf die

Unwirksamkeit als auf die Erlöschung der Hauptschuld beziehen; namentlich fällt hierunter auch die Einrede der Verjährung der Hauptschuld, je nachdem die letztere schon bei der Uebernahme der Bürgschaft verjährt war, oder die Verjährung erst nach Uebernahme der Bürgschaft vollstreckt wird. Dagegen hat der Bürge jene Einreden nicht, welche dem Hauptschuldner nur mit Rücksicht auf seine Person zustehen, ohne den Bestand des Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem Gläubiger selbst zu berühren, wie z. B. jene aus der Rechtswohlthat der Kompetenz. **(Art. 877, Abs. 1.)** Der Bürge kann sich ferner auch jener Einreden des Hauptschuldners nicht bedienen, gegen welche der Gläubiger nach der Absicht des Bürgschaftsvertrages sicher gestellt werden sollte, — ein Axiom, welches kraft einer natürlichen Interpretation des Willens des Bürgen schon in dem Falle des Art. 863 zur Anwendung gekommen ist. **(Art. 877, Abs. 1.)** Infolge dieser Bestimmung kann der Bürge, welcher sich wissentlich für eine schon verjährte Hauptschuld verbürgt hat, sich auf die Verjährung der Hauptschuld gegen die Klage des Gläubigers nicht berufen.

Aus dem Wesen der Bürgschaft folgt ferner, daß der Hauptschuldner die ihm gegen den Gläubiger zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft entweder bereits zustehenden oder später erwachsenden Einreden dem Bürgen nicht entziehen könne; der letztere kann diese Einreden auch gegen den Willen des Hauptschuldners, daher trotz eines Verzichtes desselben hierauf gegen den Gläubiger geltend machen. Hat z. B. der Hauptschuldner lediglich darauf verzichtet, eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung in Abrechnung zu bringen, ohne dieselbe zu erlassen, so kann sich der Bürge dieser Gegenforderung zur Abrechnung gegen den Gläubiger jenes Verzichtes ungeachtet gleichwohl bedienen (vergl. Art. 196, Abs. 1.). Mit einem Erlasse der Gegenforderung von Seiten des Hauptschuldners zu Gunsten des Gläubigers dagegen, wenn solcher auch erst nach Uebernahme der Bürgschaft erfolgt, fällt natürlich das Material der Kompensation auch für den Bürgen hinweg. **(Art. 877, Abs. 2.)**

Auf den Nachbürgen, welcher in zweiter Linie dem Gläubiger gegenübersteht, finden, wenn er von dem letzteren belangt wird, die Grundsätze der ersten 3 Absätze des Art. 877 in der Art eine ausgedehnte Anwendung, daß sich der Nachbürge seiner eigenen und der dem Hauptbürgen als solchem zustehenden Einreden, sowie auch jener des Hauptschuldners selbst bedienen kann; daß ferner gegen den Nachbürgen der Verzicht auf Einreden sowohl von Seite des Hauptschuldners als von Seite des Hauptbürgen unwirksam bleibt. **(Art. 877, Abs. 3.)** Für den häufigen Fall eines allgemein gehaltenen Verzichtes des Bürgen auf seine Einreden stellt endlich der Entwurf in dem **Art. 878** die solchen Verzichten entsprechende Interpretationsregel auf, welche einer Rechtfertigung nicht bedarf.

In Uebereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungen (preuß. L. R. Th. I. Tit. 14, §. 351 ff.; öster. G. B. §. 1358; franz. Civ. G. B. Art. 2029) läßt der Entwurf **(Art. 879)** die Klagerechte des Gläubigers sammt Vorzügen, Privilegien und Sicherungen mit dem Momente der Befriedigung des letzteren

durch den Bürgen sofort von Rechtswegen auf den letzteren zum Zwecke seines Regresses gegen den Hauptschuldner übergehen. Durch diese Bestimmung fallen die in diesem Punkte bestehenden Kontroversen des gemeinen Rechts weg. Es versteht sich von selbst, daß dieser Regreß nicht Platz greife, wenn der Bürge in der Absicht, dem Hauptschuldner durch die Befriedigung seines Gläubigers eine Schenkung zuzuwenden, die Bürgschaft übernommen hat, wogegen indeß bis zum Nachweise hierüber von Seite des Hauptschuldners die Vermuthung streitet. — Die Bestimmung des zweiten Absatzes folgt aus der hier maßgebenden Analogie der Bestimmungen über die Cession.

Das Charakteristische der Bürgschaft besteht zunächst in dem obligatorischen Bande, welches zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger begründet wird; das Obligationsverhältniß, welches zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner besteht, beruht, wie bereits erwähnt, entweder auf einem Auftrage des Hauptschuldners oder auf bloßer Geschäftsführung. Deshalb steht es dem Bürgen frei, entweder die auf ihn übergehenden Klagerechte des bezahlten Gläubigers oder die Ersatzklage aus dem Mandate, beziehungsweise aus der Geschäftsführung, gegen den Hauptschuldner geltend zu machen, je nachdem ihm der eine oder der andere Weg ein Mehr von Ansprüchen gewährt. **(Art. 880, Abs. 1.)** Für die Kosten, welche der Bürge in Folge einer gegen ihn eingeleiteten gerichtlichen Verfolgung zahlen muß, kann der Hauptschuldner nur unter der Voraussetzung und nur insoweit haftbar erklärt werden, als er von der gegen den Bürgen bevorstehenden oder bereits eingeleiteten gerichtlichen Verfolgung rechtzeitig in Kenntniß gesetzt und dadurch in die Lage versetzt wurde, diese Kosten durch Befriedigung des Gläubigers von dem Bürgen abzuwenden. **(Art. 880, Abs. 2.)**

Von den im **Art. 881** aufgeführten Fällen, in welchen jeder Regreßanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner wegfallen soll, bedarf der erste keiner Rechtfertigung; zu den übrigen genügt Folgendes zu bemerken. Um sich den Regreß gegen den Hauptschuldner zu erhalten, ist der Bürge nicht genöthigt, sich unter Beiladung des letzteren zum Streite ausklagen zu lassen; er kann, ohne die gerichtliche Verfolgung des Gläubigers abzuwarten, gutwillig zahlen, soferne ihm weder zerstörliche, dem Hauptschuldner zustehende Einreden bekannt, noch von letzterem — auf die Benachrichtigung der bevorstehenden Klage — an die Hand gegeben worden sind. Unterläßt der Bürge lediglich dilatorische Einreden — ohne Unterschied, ob aus eigenem oder aus dem Rechte des Hauptschuldners — einzuwenden, so wird hierdurch nur eine Modifikation nicht aber der Wegfall seines Regreßanspruches bewirkt. Hat der Bürge z. B. vor Eintritt der Zeitbestimmung Zahlung geleistet, so wird sein Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner erst mit dem wirklichen Eintritte des dies begründet. Unterläßt aber der Bürge Einreden einzuwenden, welche lediglich der Giltigkeit seiner Bürgschaftsübernahme zerstörend entgegenstehen, so verbleibt ihm gleichwohl der Regreß gegen den Hauptschuldner. Liegt nämlich der Bürgschaftsübernahme ein Mandat von Seite des Hauptschuldners zu Grunde, so bleibt die Uebernahme der Bürgschaft

immerhin auftragsgemäß, wenn sie auch von dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger als ungültig angefochten werden könnte. Liegt aber der Bürgschaftsübernahme nur eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu Grunde, so muß immerhin der aus dieser Obligation begründete Regreßanspruch dem Bürgen verbleiben wenn er den Hauptschuldner durch Zahlung des Gläubigers liberirt hat, obgleich er die Giltigkeit seiner Bürgschaftsübernahme ablehnen konnte. Deshalb beschränkt sich der Entwurf im **Art. 881, Nr. 2** darauf, als Grund des Wegfalls des Regresses des Bürgen gegen den Hauptschuldner die von dem ersteren verschuldete Nichteinwendung der dem letzteren gegen die Forderung des Gläubigers zustehenden peremtorischen Einreden zu bezeichnen. — In dem unter Nr. 3 aufgeführten Falle hat der Bürge, weil er sich bei der Zahlung nicht in einem Irrthume, vielmehr im Bewußtseyn seiner Nichtschuld befand, keinen Regreß gegen den Hauptschuldner und kein Rückforderungsrecht; es gilt seine Zahlung als Schenkung an den Gläubiger (vergl. Art. 908). In dem unter Nr. 4 bezeichneten Falle dagegen würde dem Hauptschuldner, gegen welchen der Bürge keinen Regreß hat, weil durch seine schuldhafte Unterlassung die nochmalige Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt wurde, eine ungerechtfertigte Bereicherung zu Theil werden, wenn ihm das Rückforderungsrecht des von ihm irrthümlich Gezahlten gegen den Gläubiger verbliebe. Der Bürge, welcher kein Rückforderungsrecht aus seiner Handlung gegen den Gläubiger hat, muß daher die Uebertragung der Rückforderungsklage des Hauptschuldners auf sich verlangen können, weshalb der Entwurf sofort von Rechtswegen diese Rückforderungsklage von dem Hauptschuldner auf den Bürgen übergehen läßt.

Ist die Bürgschaft für eine Verbindlichkeit übernommen, welche von einer Person eigenmächtig eingegangen wurde, die sich selbständig in rechtsgiltiger Weise nicht verpflichten kann (vgl. Art. 865), so ist nach den allgemeinen Bestimmungen über die Haftung dieser Personen der Regreß des Bürgen auf soviel beschränkt, als jene Person zur Zeit der Klagestellung gegen den Bürgen aus dem Rechtsgeschäfte noch bereichert ist. **(Art. 882.)**

Vermöge des Uebergangs der Klagerechte des Gläubigers auf den Nachbürgen, wenn dieser den ersteren befriedigt hat, steht demselben in erster Linie gegen den Hauptschuldner und subsidiär gegen den Hauptbürgen der Regreßanspruch zu; letzteres, weil die Verbindlichkeit des Hauptbürgen gegenüber dem Nachbürgen als Hauptschuld erscheint. **(Art. 883.)**

Der Bürge, welcher im Einverständnisse mit dem Hauptschuldner aus dessen Auftrag sich bei dem Gläubiger verbürgt hat, ist berechtiget zu verlangen, daß ihn der Hauptschuldner von der für ihn übernommenen Verbindlichkeit befreie oder hiefür Sicherheit leiste, soferne dieses Verlangen nicht vorzeitig, d. h. gegen die Absicht bei der Uebernahme des Mandats, geltend gemacht wird. Diese Absicht ist aber darauf gerichtet, dem Hauptschuldner bei dem Gläubiger Kredit zu verschaffen; ist dieser Zweck erreicht und läßt der Hauptschuldner die durch die Bürgschaft gesicherte Schuld nach ihrem Verfalle unberichtiget, so daß der Bürge sofort von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden kann, oder wird der Anspruch

des Bürgen gegen den Hauptschuldner durch dessen drohenden Vermögensverfall oder durch eine von diesem beabsichtigte Entfernung aus dem Lande gefährdet, so kann von da an der Verfolgung des Anspruches des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft — durch Befriedigung des Gläubigers — oder auf Sicherheitsleistung für die dem Bürgen obliegende Zahlung nichts im Wege stehen. **(Art. 884 Abs. 1** Nr. 1 u. 2). Diese Berechtigung steht selbstverständlich dem Bürgen auch dann zu, wenn er auf die Einrede der Vorausklage ausdrücklich oder thatsächlich verzichtet hat, weil dieser Verzicht nur von Einfluß auf das Klagerecht des Gläubigers ist, an dem Rechtsverhältnisse aber, welches zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner bezüglich des Entstehungsgrundes der Bürgschaftsübernahme obwaltet, nichts ändert. Hat sich dagegen der Bürge für eine Person verbürgt, welche sich selbständig in rechtsgiltiger Weise nicht verpflichten kann, so steht ihm aus dem Mandatsverhältnisse kein Anspruch auf Befreiung gegen den Schuldner zu, weil er als Mandatar gegen solche Personen nur insoferne ein Klagerecht hat, als dieselben aus dem ausgerichteten Geschäfte bereichert sind. So lange daher eine Bereicherung kraft der von dem Bürgen bewirkten Zahlung der Schuld nicht erfolgt, steht dem Bürgen das im Art. 884 Abs. 1 bezeichnete aus dem Mandatsverhältnisse entspringende Recht, von dem Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft oder Sicherheitsleistung zu verlangen, nicht zu. Liegt ferner der Bürgschaftsübernahme kein Einverständniß mit dem Hauptschuldner und also kein Auftrag desselben zu Grunde, beruht dieselbe vielmehr auf einer bloßen Geschäftsführung des Bürgen, so wird sein Ersatzanspruch als Geschäftsführer ebenfalls erst durch den Eintritt der Bereicherung des Geschäftsherrn (des Hauptschuldners) nämlich durch die Befriedigung des Gläubigers begründet. Es kann daher der Bürge vor der Befriedigung des Gläubigers weder seine Befreiung von der Bürgschaft noch Sicherheitsleistung von dem Hauptschuldner verlangen. **(Art. 884 Abs. 2.)**

Hat der Bürge sich für mehrere Sammtschuldner verbürgt, so kann er von dem Gläubiger für jeden derselben auf das Ganze in Anspruch genommen werden. Durch jeden Einzelnen aus ihnen kann aber auch sein gegen Jeden und gegen Alle zusammen begründeter Regreßanspruch gefährdet werden. Es ist daher der Eintritt eines der im Art. 884 Abs. 1 u. 2 bezeichneten Gründe auch nur bei Einem der Sammtschuldner schon hinreichend, um den Bürgen zur Klage auf Befreiung von der übernommenen Bürgschaft oder auf Sicherheitsleistung gegen Alle zu berechtigen. **(Art. 885.)**

Haben Mehrere mitsammen dem Gläubiger gegenüber die Bürgschaft übernommen, so folgt aus der Natur der Sammtverpflichtung, daß jenem Bürgen, welcher den Gläubiger befriedigt hat und entweder von dem Hauptschuldner keinen Ersatz zu erlangen vermochte oder, sei es wegen Abwesenheit oder Vermögensverfalls des letzteren oder weil dieser eine beschränkt handlungsfähige Person ist, keinen Ersatz oder solchen nur in beschränktem Maße erwarten kann, der Regreß gegen die übrigen Mitbürgen zustehe. — Infolge der im Art. 873 aufgestellten erweiterten Bestimmung des Begriffes der Mitbürgen ist dieß aber auch auf den

Fall anzuwenden, wenn die Uebernahme der Bürgschaft durch Mehrere nicht infolge eines und desselben Aktes, sondern successive erfolgte. Auch unter der letzteren Voraussetzung liberirt der eine Bürge durch seine Zahlung die übrigen von einem Anspruche, welcher gegen dieselben nach der Wahl des Gläubigers ebenso wie gegen ihn geltend gemacht werden konnte. Es ist daher in der Billigkeit begründet, daß auch hier, wie in dem Falle einer Sammtverbürgung in dem bezeichneten engeren Sinne, dem zahlenden Bürgen der Regreß gegen die Uebrigen gewährt werde. **(Art. 886.)**

Kraft der akzessorischen Natur der Correalverpflichtung, welche zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner besteht, wirken alle Gründe, welche eine vollständige oder nur theilweise Aufhebung der Hauptschuld zur Folge haben, gleichmäßig auch zu Gunsten des Bürgen, ohne Unterschied, ob diese Gründe sich hinsichtlich der Person des Hauptschuldners ergeben, oder den objektiven Bestand der Schuld selbst betreffen. — Wurde die Bürgschaft nur auf einen Theil der Schuld übernommen und wird dieselbe nur theilweise getilgt, so ist die Annahme begründet, die Bürgschaft bleibe insolange aufrecht, als noch ein Rückstand an der Schuld besteht. **(Art. 887.)**

Mit dem Wiederaufleben der Hauptschuld, insoferne dieses kraft des Gesetzes eintritt, muß auch die Bürgschaft wieder aufleben, — was aber in dem Falle keine Anwendung finden kann, wenn infolge der Entwährung der dem Gläubiger an Zahlungsstatt vom Hauptschuldner hingegebenen Sache der letztere zum Ersatze verpflichtet wird. Für den Bürgen, welcher sich infolge einer durch den Hauptschuldner bewirkten Hingabe an Zahlungsstatt von der Bürgschaft enthoben glaubt, würde es zu hart seyn, wenn er für die hinterher unerwartet eingetretene Ersatzpflicht des Hauptschuldners wieder einstehen müßte. Dem Bürgen kann mittlerweile der Regreß gegen den Schuldner infolge des Vermögensverfalls desselben benommen seyn, und da der Gläubiger rechtlich nicht schuldig war, statt der Zahlung die Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt anzunehmen, so darf dem Bürgen aus dieser freiwilligen Handlung des Gläubigers kein Nachtheil erwachsen. **(Art. 888.)**

Durch eine Verzögerung der gerichtlichen Verfolgung des Gläubigers aus Nachlässigkeit, sey es dem Hauptschuldner oder dem Bürgen gegenüber, können dem letzteren erhebliche Nachtheile erwachsen, indem mittlerweile der Vermögensverfall des Hauptschuldners eintreten kann, so daß der Bürge die Einrede der Vorausklage und jedenfalls den Erfolg seines Regreßanspruches gegen den Hauptschuldner verliert. Gegen diese Nachtheile trifft der Entwurf, — unbeschadet des Anspruchs, welcher dem Bürgen durch Art. 884 auf Befreiung von der Bürgschaft oder auf Sicherheitsleistung gegenüber dem Hauptschuldner eingeräumt ist, — durch die Bestimmungen der Art. 889, 890, 891 weitere Vorsorge, indem hier das Saumsal des Gläubigers in Verfolgung seiner Rechte als Erlöschungsgrund der Haftbarkeit des Bürgen aufgestellt wird. Im Allgemeinen ist zwar allseitig anerkannt, daß der Nachlässigkeit des Gläubigers in Verfolgung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner unter gewissen Voraussetzungen und bei längerer Andauer ein

den Bürgen befreiender Einfluß eingeräumt werden müsse; im Uebrigen aber bestehen hierüber sehr verschiedene Auffassungen. Vorerst ist zwischen der auf eine Zeitfrist beschränkten und der ohne solche Beschränkung eingegangenen Bürgschaft zu unterscheiden. Ist für die Hauptschuld ein Zahlungstermin festgesetzt und hat der Bürge nur bis dahin sich verbürgt, so kann doch nicht sofort mit dem Umflusse der Zahlzeit auch die Erlöschung der Bürgschaft eintreten, weil dieselbe sonst ihren Zweck geradezu verfehlen würde. Es folgt vielmehr schon aus einer naturgemäßen Interpretation des Rechtsgeschäftes, daß eine solche Bürgschaft auch auf das nach Eintritt der Zahlzeit zu Tag tretende Zahlungssaumsal des Hauptschuldners hinaus wirksam bleiben müsse. Diese Wirksamkeit ist jedoch auf einen Zeitraum zu beschränken, inner welchem dem Gläubiger, ohne Verletzung der üblichen Rücksichten gegen den Schuldner, Zeit genug zur Einleitung gerichtlicher Verfolgung bleibt. Ebenso bringt es die Natur eines solchen Bürgschaftsverhältnisses mit sich, daß die rechtzeitige Anbringung der Klage gegen den Hauptschuldner allein nicht genügen könne, sondern daß auch die Betreibung der Klage vor Gericht ohne Saumsal, sowohl hier als auch in allen anderen Fällen, erfordert werde, in welchen die gerichtliche Verfolgung des Hauptschuldners die Erlöschung der Bürgschaft von dem Gläubiger abwenden soll. Besteht für die Hauptschuld entweder kein bestimmter Zahlungstermin und ist die Bürgschaft auf eine bestimmte Zeitfrist übernommen worden, oder hat der Bürge auf eine, über den festgesetzten Zahlungs-Termin hinausreichende Zeit die Bürgschaft übernommen, so ist in beiden Fällen der Gläubiger zur Klagestellung schon vor Ablauf der Bürgschaftsfrist berechtiget; der Bürge kann daher im Falle eines über die letztere hinausreichenden Saumsals des Gläubigers nicht mehr in Anspruch genommen werden. Der erste dieser beiden Fälle tritt namentlich bei den erst nach Kündigung zahlbaren Verpflichtungen ein. Um den Bürgen vor Nachtheilen zu bewahren, würde es hier nicht genügen, dem Gläubiger bloß die Pflicht zur Kündigung vor Ablauf der Bürgschaftsfrist aufzulegen. **(Art. 889.)** Für Fälle, in welchen sich das durch eine Bürgschaft gesicherte Schuldverhältniß des Hauptschuldners stillschweigend erneuert, wie bei Miethe und Pacht, ist bereits am geeigneten Orte Verfügung getroffen.

Da die Verpflichtung des Bürgen neben jener des Hauptschuldners keine rein subsidiäre ist, und es in der Wahl des Gläubigers steht, die fällige Schuld gegen den ersteren oder den letzteren geltend zu machen, so kann der Gläubiger sich gegen den Rechtsnachtheil eines Saumsals in gerichtlicher Verfolgung seiner Forderung durch Erhebung der Klage gegen den Bürgen ebenso wie durch eine solche gegen den Hauptschuldner schützen. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, so muß er auch gegen jene Nachtheile bewahrt werden, welche ihm durch eine Zögerung des, infolge der Einwendung dieser Einrede an den Hauptschuldner vorläufig verwiesenen, Gläubigers bei der Ausklagung zugehen können. Es muß daher dem Gläubiger bei Verlust seines Rückanspruchs gegen den Bürgen die Pflicht auferlegt werden, innerhalb einer kurzen Frist, von dem Zeitpunkte an, in welchem die Einrede der Vorausklage zu seiner Kenntniß gelangt ist, den Hauptschuldner zu belangen. Dieses gilt natürlich sowohl für den Fall, wenn diese

Einrede auf die von dem Gläubiger gegen den Bürgen erhobene Klage eingewendet wird, als auch dann, wenn der Bürge, von dem Gläubiger um Zahlung angegangen, denselben außergerichtlich zur Ausklagung des Hauptschuldners hinweist. Mit Rücksicht auf die wirksame Wahrung der Interessen des Bürgen erschien es räthlich, für den Fall, daß der Gläubiger die Zulässigkeit der ihm entgegengehaltenen Einrede der Vorausklagung bekämpfen zu können glaubt, jene Frist zur Anbringung der Klage gegen den Hauptschuldner erst von dem Urtheile an zu datiren, durch welches die Einrede als zulässig erklärt wird. Hiernach kann zwar der Gläubiger in die Lage kommen, die Verfolgung gegen den Hauptschuldner früher einleiten zu müssen, als eine rechtskräftige Entscheidung darüber erfolgt ist, daß er sich an den Hauptschuldner hinweisen lassen müsse; allein in diesem Falle versteht es sich von selbst, daß der Bürge, welcher die Einrede der Vorausklage ohne Grund eingewendet hat, verpflichtet sey, dem Gläubiger die Kosten zu ersetzen, welche demselben mittlerweile auf die Verfolgung des Hauptschuldners erwachsen sind. **(Art. 889, 890.)**

Hat der Bürge ohne Beschränkung auf eine Zeitfrist die Bürgschaft übernommen, so müßte strenge genommen die Dauer seiner Verpflichtung an das Fortbestehen der Hauptschuld schlechthin geknüpft seyn. Es kann nämlich der Gläubiger dem Bürgen zur Vermeidung jedweder diesem nachtheiligen Zögerung in Ausklagung des Hauptschuldners dann nicht verpflichtet seyn, wenn der Bürge selbst unterlassen hat, sich durch eine Zeitbeschränkung gegen mögliche Nachtheile zu schützen. Gleichwohl ist es nothwendig, der von dem Bürgen freiwillig in unbeschränkter Weise eingegangenen Haftung ein gesetzliches Endziel zu setzen, — wofür die unbestimmte Dauer eines Haftungsverhältnisses für eine fremde Schuld hinreichenden Grund abgibt, — und zwar von da an gerechnet, wo die Hauptschuld fällig ist, so daß eine einseitige Hinausrückung der festgesetzten Zahlzeit durch den Gläubiger dem Bürgen nicht schaden kann. Die Verjährungszeit der Bürgschaftsklage kann aber nicht erst nach geschehener Ausklagung des Hauptschuldners zu laufen beginnen; denn schon die Nichtbefriedigung des Gläubigers durch den Bürgen seit dem Eintritte des Zahlungstermins ist ein Zustand, welcher dem Rechte des Gläubigers widerspricht und ihn zur Klagestellung auffordert; auch ändert es daran nichts, daß ihm die Einrede der Vorausklage entgegengesetzt werden kann. — Es erschien nicht geboten, die Erlöschungsfrist der bürgschaftlichen Haftung — mit anderen Gesetzgebungen — kürzer als auf 10 Jahre festzusetzen, zumal dem Bürgen, gemäß Art. 884 auch der Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den Hauptschuldner zusteht. **(Art. 891.)**

Da der Bürge, welcher den Gläubiger befriediget, hiedurch in alle Rechte des ersteren gegen den Hauptschuldner eintritt, so entzieht der Gläubiger, welcher die ihm von dem Hauptschuldner zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft bereits gewährten Sicherheitsmittel (Hypotheken, Pfänder) während der Dauer der Bürgschaft aufgibt, dem Bürgen den ihm zustehenden Regreß gegen den Hauptschuldner, insoweit als dieser durch die aufgegebenen Sicherungen gedeckt war; er macht sich daher auf diesen Betrag seines Anspruchs gegen den Bürgen verlustig. **(Art. 892.)**

Wird gegen den Hauptschuldner das Gantverfahren eingeleitet, so ist der Gläubiger berechtiget, sich, gemäß der Bestimmungen der Art. 875 Nr. 4 und 876, sofort an den Bürgen zu halten. Weil jedoch die Möglichkeit der Befriedigung aus der Gantmasse des Hauptschuldners und ein erfolgreicher Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner dadurch noch nicht ausgeschlossen ist, dieses aber eine rechtzeitige und gehörige Geltendmachung der Hauptschuld im Gantverfahren voraussetzt, so kann dem Gläubiger, welcher sich an den Bürgen zu halten beabsichtiget, zugemuthet werden, so zu handeln, daß dem Bürgen jene Möglichkeit des Regresses nicht entzogen werde. Dieses geschieht dadurch, daß der Gläubiger den Bürgen davon, daß er gegen ihn seine Ansprüche realisiren werde, so rechtzeitig benachrichtiget, daß dieser noch in der Lage ist, gegen Befriedigung des Gläubigers die dadurch auf ihn (vergl. Art. 879) übergehende Forderung mit Erfolg in dem Gantverfahren gegen den Hauptschuldner geltend zu machen. Unterläßt der Gläubiger diese rechtzeitige Benachrichtigung, so kann er seinen Anspruch gegen den Bürgen nur dann behalten, wenn er entweder selbst die Forderung in dem Gantverfahren mit dem erforderlichen Fleiße gleichwohl aber erfolglos geltend gemacht, also die äußere Bedingung eines erfolgreichen Regresses des Bürgen erfüllt hat, oder wenn er nachzuweisen im Stande ist, daß, wenn er dieses auch gethan haben würde, eine Deckung der Hauptschuld aus der Gantmasse doch nicht zu erlangen gewesen wäre. **(Art. 893.)**

Ist die Bürgschaft für ein Schuldverhältniß übernommen worden, welches, seiner Natur nach die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zur Rechnungsstellung gegenüber dem Gläubiger in sich schließt, wie die Bürgschaft für allenfallsige Haftungen eines Verwalters, eines Kassa- oder Rechnungsführers, und ist diese Bürgschaft allgemein eingegangen, namentlich an die Einhaltung gewisser Kontrolen von Seite des Gläubigers (des Rechnungsherrn) gegenüber dem Hauptschuldner, bei der Uebernahme nicht ausdrücklich geknüpft worden, so ist dieselbe in dem Sinne aufzufassen, daß eine möglichst umfassende Sicherung des Rechnungsherrn, durch die Uebernahme einer rechtlichen Garantie für die Zuverlässigkeit des Rechnungspflichtigen, beabsichtiget und übernommen worden sey. Von diesem, dem Leben entsprechenden Gesichtspunkte aus ist es bei dieser Art einer unbeschränkt eingegangenen Bürgschaft gerechtfertiget, den Bürgen auch bei einer Nachlässigkeit des Gläubigers in Vorkehrung von Kontrolen gegen den Schuldner von der Haftung für Defekte nicht zu befreien. — Ist aber das Geschäft, welches die Rechnungsablage des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger in sich schließt, beendigt, so muß dem Bürgen die Berechtigung zugestanden werden, von dem Gläubiger zu verlangen, daß dieser sofort gegen den Schuldner auf Rechnungsablage dringe und daß die Feststellung des Guthabens des Gläubigers gegen den Schuldner bewirkt werde widrigenfalls die Bürgschaft erlischt. **(Art. 894.)**

Stellt der Hauptschuldner seinem Bürgen oder der Bürge seinem Afterbürgen für dessen Regreßfoderung einen Bürgen (Rückbürgschaft), so ist dieses Verhältniß lediglich nach den aufgestellten allgemeinen Grundsätzen über die einfache Bürgschaft zu beurtheilen. Der Rückbürge hat gegen den Bürgen, welcher ihm

als Gläubiger gegenübersteht, dieselben Rechte, wie der einfache Bürge dem Hauptschuldner gegenüber. Er kann von dem Bürgen die Vorausklagung des Hauptschuldners durch Geltendmachung des diesem zustehenden Regreßanspruches verlangen; er hat, wenn er den Bürgen als seinen Gläubiger wegen des Entschädigungsanspruches desselben gegen den Hauptschuldner befriediget hat, infolge des Ueberganges der Regreßrechte auf ihn (vergl. Art. 879) seinen Regreß wieder gegen den Hauptschuldner. — Die Rückbürgschaft kann nicht, wie dieses in anderen Gesetzgebungen geschieht, als eine Schadlosbürgschaft aufgefaßt werden, weil bei ihr nur die Hauptschuld, nämlich die Entschädigungsverpflichtung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen, nicht aber die Bürgschaftsschuld auf eine Schadloshaltung gerichtet ist. — Wird ferner die Bürgschaft dahin eingegangen, daß sich der Rückbürge dem Bürgen zum Ersatze dessen verpflichtet, was letzterer nach Befriedigung des Hauptgläubigers im Wege des Regresses von dem Hauptschuldner nicht erhalten könnte, d. h. daß er also für den Schaden einstehe, den der Bürge wirklich erleidet (wie im pr. L. R. Th. I. Tit. 14, §. 201, 380—384, und im Züricher G. B. Art. 1788, Abs. 2 die Rückbürgschaft definirt wird), — so liegt hier nur der schon im Voraus von dem Rückbürgen erklärte Wille vor, die Einrede der Vorausklage dem Bürgen — hier in seiner Stellung als Gläubiger — entgegen zu halten. Verpflichtet sich aber Jemand dem Bürgen auf den Fall einzustehen, daß dieser statt des Hauptschuldners den Gläubiger bezahlen müßte (wie die Rückbürgschaft in dem hess. Entw. Art. 583, Abs. 2 definirt wird), so liegt hier nur ein bedingtes Schadloshaltungsversprechen aber keine eigentliche Bürgschaft vor, weil eine verbürgte, d. h. eine nur accessorisch übernommene Hauptschuld gar nicht gegeben ist.

2) Kreditauftrag.

In nächstem Zusammenhange mit der Bürgschaft steht der Kreditauftrag. Soferne der einem Andern ertheilte Auftrag lediglich bezweckt, daß der Beauftragte im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers mit einem Dritten ein Schuldverhältniß eingehe, ein solches fortsetze (worunter auch die Stundung einer bereits verfallenen Schuld fällt) oder dasselbe erneuere, macht sich keine von den Grundsätzen über den Auftragsvertrag abweichende Beurtheilung geltend. **(Art. 901.)** Soll jedoch das aufgetragene Kreditgeben — in einer der drei bezeichneten Richtungen — im Namen und auf Rechnung des hiezu Beauftragten selbst, nicht des Auftraggebers, geschehen, so tritt eine wesentliche Modifikation der maßgebenden Grundsätze hinsichtlich dieses besonderen Mandats ein. Es wird in diesem Falle, dem inneren Wesen des Rechtsgeschäftes entsprechend, die Verpflichtung des Mandanten so beurtheilt, als habe er sich für die von dem Mandatar dem Dritten geborgte Schuld verbürgt. — Hieraus folgt, daß dieses besondere Mandat nur unter Einhaltung der gesetzlichen Form der Bürgschaft (vergl. Art. 868) und von gewissen Personen nur unter jenen Voraussetzungen, unter welchen dieselben eine wirksame Bürgschaft eingehen können (vergl. Art. 860, Abs. 2,

869), giltig und rechtswirksam ertheilt werden könne; ferner daß der Mandant als Bürge im Allgemeinen ebenso die Verpflichtungen eines solchen, sonach auch jene aus Art. 863, (sofern nämlich der Dritte, welchem aus seinem Auftrage geborgt werden soll, zu den dort bezeichneten Personen gehört,) — wie auch die Berechtigungen eines Bürgen habe. **(Art. 896, 897, 898.)** — In beiden Richtungen ergeben sich für die Beurtheilung des Mandanten als Bürgen vermöge des Ursprungs der Bürgschaft aus seinem Auftrage einige besonders hervorzuhebende Folgerungen. Es versteht sich aber von selbst, daß seine bürgschaftliche Haftung dadurch bedingt sey, daß der Auftrag zur Zeit des Kreditgebens nicht bereits aus einem gesetzlichen Grunde erloschen war, und daß der Mandatar (der Gläubiger) die Grenzen des Auftrages bezüglich des dem Dritten gegebenen Kredits nicht überschritten habe. **(Art. 898.)** Bei der einfachen Bürgschaft gibt die Zögerung des Gläubigers in Geltendmachung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner nur unter gewissen Voraussetzungen oder bei längerer Dauer einen Erlöschungsgrund der Verpflichtung des Bürgen ab. Bei dem Kreditauftrage aber, wo die Entstehung der Hauptschuld zwischen dem Mandatar, als dem Gläubiger, und dem Dritten lediglich auf dem Willen des Bürgen als des Mandanten beruht und die Hauptschuld gegen ihn nur unter der Voraussetzung wirksam ist, daß sie innerhalb der Grenzen des Auftrages entstanden ist, muß jede Zögerung des Gläubigers in Geltendmachung der Schuld, namentlich durch eine von dem Mandanten als Bürgen nicht genehmigte Stundung die Erlöschung der Bürgschaft unbedingt zur Folge haben. **(Art. 900.)**

Vierundzwanzigstes Hauptstück.

Verbindlichkeiten aus unberechtigter Bereicherung.

Das römische Recht hat eine Reihe von persönlichen Rückforderungsklagen ausgebildet, welche auf dem gemeinsamen Gedanken beruhen, daß sich Niemand ohne Rechtsgrund auf Kosten eines Andern bereichern soll, oder in genauerer Formulirung, daß Vermögenszuwendungen, welche eines Rechtsgrundes entbehren, deren Behalten somit als rechtlos erscheint, von dem Empfänger an denjenigen, welcher sie bewirkt hat, zurückzugeben sind. Auch nach dem Systeme des Entwurfes konnten diese auf einer evidenten Billigkeit beruhenden Rückforderungsansprüche nicht entbehrt werden, so zahlreiche einzelne Anwendungen des Grundgedankens bei den einzelnen Verträgen wie bei den Instituten des Sachenrechts auch bereits durch spezielle Rechtsmittel vorgesehen sind. Demgemäß stellt der Ent-

wurf im Art. 902 das allgemeine Prinzip, welches den nachfolgenden einzelnen Rechtsansprüchen zu Grunde liegt, voran, beugt aber zugleich jeder mißbräuchlichen und vagen Anwendung desselben dadurch vor, daß er hinsichtlich der Begründung wie der Intention der Rückforderung sofort auf die nachfolgenden Detailbestimmungen verweist.

Besondere gesetzliche Vorschriften für einzelne Zuwendungen, welche an sich unter die nachfolgenden Artikel zu subsumiren wären, finden sich im Entwurfe hinsichtlich des Spiels und der Wette, dann für gewisse Schenkungen.

1) Rückforderung wegen irrthümlicher Voraussetzung einer Verbindlichkeit.

Bei der Behandlung der einzelnen Condictionen war die Condictio indebiti **(Art. 903—924)** voranzustellen, theils wegen ihrer praktischen Bedeutung, theils um auf ihre Detailbestimmungen bei der nachfolgenden Darstellung der übrigen Condictionen einfach verweisen zu können.

Der Entwurf folgt sowohl hinsichtlich des Prinzips der condictio indebiti **(Art. 903)**, als auch im Wesentlichen in der genaueren Normirung dem gemeinen Rechte und es bedürfen nur folgende Punkte noch einer erläuternden Bemerkung.

Der **Art. 904** stellt die irrige Annahme einer Verbindlichkeit, welche überhaupt gar nicht existirte, mit der irrthümlichen Unterstellung der Giltigkeit und Unanfechtbarkeit eines Schuldverhältnisses, sowie mit dem Irrthume über den rechtlichen Fortbestand einer ursprünglich begründeten später aber wieder aufgehobenen Verbindlichkeit auf gleiche Linie. Denn zwischen einer gar nicht, auch nicht einmal scheinbar bestehenden Verbindlichkeit und einer zwar scheinbar bestehenden in der That aber unwirksamen oder anfechtbaren oder wieder aufgehobenen Verbindlichkeit kann in der hier in Frage stehenden Rücksicht ein juristischer Unterschied nicht gemacht werden. Auch brauchte auf die verschiedenen Gründe der Ungiltigkeit eines an sich obligirenden Rechtsgeschäfts hier keine Rücksicht genommen zu werden, da in allen Fällen, wo irriger Weise das Vorhandenseyn einer giltigen und wirksamen Obligation bei einer Zahlung unterstellt wurde, die Rückforderung begründet seyn muß.

Hat der Schuldner eine betagte Forderung irrthümlich vor dem Verfalltage bezahlt, so ist **(Art. 905)**, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, die Rückforderung versagt, und zwar gleichviel, ob die Forderung von vorneherein betagt war oder ob sie erst durch einen Stundungsvertrag diesen Charakter angenommen hat; ferner einerlei, ob der dies certus oder incertus quando, endlich auch dann, wenn er zwar incertus an, und insoferne einer Bedingung gleich war, inzwischen aber wirklich eingetreten ist. — Der Grund liegt darin, weil der Schuldner, obwohl vor der Verfallzeit, dennoch ein debitum geleistet und der Gläubiger bloß erhalten hat, was er zu fordern berechtigt ist. Auch würde für den Gläubiger eine unbillige Beschwerung darin liegen, wenn man ihm zumuthen wollte, das Empfangene wieder herauszugeben, auf die ungewisse Aussicht hin,

ob es ihm später möglich seyn wird, seine Forderung mit gleicher Leichtigkeit und Sicherheit zu realisiren.

Die Ausschließung der Rückforderung, wenn eine bereits verjährte Schuldverbindlichkeit, sey es auch aus Irrthum gezahlt wurde **(Art. 905)**, rechtfertigt sich aus der Rücksicht, daß eine wenn auch verjährte Schuld doch materiell immer eine Schuld ist, indem die Ausschließung ihrer nachträglichen Geltendmachung nur auf Gründen der Gesetzgebungspolitik, nicht des materiellen Rechtes beruht. Die übrigen Fälle der Ausschließung der condictio indebiti auf Grund einer als bestehend angenommenen naturalis obligatio konnten nach dem vom Entwurfe in dieser Beziehung angenommenen Systeme nicht weiter in Betracht kommen.

Eine weitere singuläre Ausnahme von der Regel enthält **Art. 906**, indem hier die Rückforderung ausgeschlossen wird, wenn ein ohne Beachtung der gesetzlichen besonderen Form, sonst aber unter allen Erfordernissen der Giltigkeit eingegangener einseitiger Schuldvertrag, sey es auch aus Unkenntniß der durch den Formmangel begründeten Unwirksamkeit des Vertrages freiwillig erfüllt wird. Durch die Erfüllung wird gleichsam nachträglich der dem Schuldgeschäfte anklebende Mangel der Form ersetzt. Das Gesetz würde eine Unredlichkeit befördern, wollte es demjenigen, welcher sein eigenes Schuldversprechen erfüllt hat, dann später aber das Geleistete unter Berufung auf eine bei dem Vertragsabschlusse versäumte Förmlichkeit zurückfordert, seine Hilfe gewähren.

Eine Ausnahme hievon ist selbstverständlich für den Fall vorzubehalten, wenn nicht nur die Giltigkeit des Schuldvertrages sondern auch die der Erfüllung desselben an eine bestimmte Form gebunden ist, wie dieß bei der Schenkung des ganzen Vermögens oder von unbeweglichen Sachen oder von Rechten an solchen der Fall ist. (Thl. I. Art 99.)

Ist ein zweiseitiger Schuldvertrag, bei dessen Eingehung die zu seiner Wirksamkeit erforderliche besondere Form nicht gewahrt ist, von der einen Seite in der irrigen Voraussetzung der verpflichtenden Kraft des Geschäftes erfüllt, so kann entweder das Gegebene zurückgefordert, oder die Nachholung der Form verlangt werden, und dasselbe muß nach der ratio legis auch dann gelten, wenn die einseitige Erfüllung im Bewußtseyn der mangelnden Rechtskraft des ganzen Schuldvertrages erfolgt ist. (Art. 17 Abs. 2.)

Eine bekannte Streitfrage des gemeinen Rechts ist im **Art. 907**, in Uebereinstimmung mit anderen neuen Gesetzgebungen, dahin entschieden, daß die Rückforderung nicht nur auf Grund eines faktischen, sondern auch eines Rechtsirrthums über das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung zugelassen, und daß der Nachweis des Irrthums schlechthin, nicht also gerade der eines entschuldbaren Irrthums für hinreichend erklärt wird. Zwar ist die neuere Doctrin darüber ziemlich einverstanden, daß der die Zahlung veranlassende Irrthum ein unverschuldeter seyn müsse, und daß derjenige, welcher durch selbstverschuldeten Irrthum zur Zahlung der Nichtschuld verleitet ist, keine Rückforderung haben soll. Hiegegen gewann indeß die Erwägung die Oberhand, daß, abgesehen von

der Unbestimmtheit, welche dem Begriffe des entschuldbaren Irrthums innewohnt, doch die Recht- und Grundlosigkeit der Bereicherung des Andern sich gleich bleibt, der Irrthum des Zuwendenden mag entschuldbar gewesen seyn oder nicht, — während andrerseits der Beweis des Irrthums in der Regel immer nur durch den Nachweis solcher äußerer Momente geführt werden kann, welche geeignet sind, einen verständigen Menschen zu einem thatsächlichen Irrthum zu verleiten, oder welche die Behauptung der Unkenntniß eines Rechtssatzes nach der Persönlichkeit des Betheiligten u. s. w. als wahrscheinlich darstellen. — Uebrigens betrifft die Streitfrage ihrer praktischen Bedeutung nach nur den Rechtsirrthum. Hinsichtlich des faktischen Irrthums wird auch von der entgegenstehenden Theorie die Entschuldbarkeit als präsumtive Regel betrachtet, so daß der Kläger durch den Nachweis eines thatsächlichen Irrthums Alles erbracht hat, was zunächst zur Begründung seiner Klage erforderlich ist, und dem Gegner nur offen steht, die Unentschuldbarkeit des Irrthums auf dem Wege des direkten Gegenbeweises darzuthun. —

Der zu dem Satze des **Art. 908** (cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, L. 53 D. de R. J.) gemachte Vorbehalt rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß in solchen Fällen, wo durch die Zahlung die Tilgung einer Verbindlichkeit aus einem gesetzlich verbotenen oder reprobirten oder von einem Unfähigen eingegangenen Geschäfte bezweckt ist, auf das Bewußtseyn der Ungiltigkeit aus nahe liegenden Gründen nichts ankommen kann. Auch wer in vollständiger Kenntniß von einer solchen Ungiltigkeit des Verpflichtungsgeschäftes gezahlt hat, muß das Gezahlte dennoch zurückfordern können, — zwar nicht auf Grund der vorstehenden Artikel, da diese nur die Rückforderung wegen irriger Unterstellung einer Verbindlichkeit begreifen, wohl aber gemäß Art. 936 wegen rechtlosen Habens, weil sonst der Zweck des Gesetzes, welches ein Geschäft verbietet oder reprobirt, oder welches gewisse Personen zur Abschließung eines verpflichtenden Geschäftes für unfähig erklärt, zu leicht vereitelt werden könnte. Inwieferne die spätere freiwillige Zahlung eines von einem Unfähigen eingegangenen Verpflichtungsgeschäftes eine konfirmirende Anerkennung desselben enthält, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Ratihabition und Konfirmation zu beurtheilen, und schien ein besonderer weiterer Vorbehalt hiefür eben so wenig nöthig, als für den Fall, wenn sich die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld als Bestandtheil eines Vergleiches darstellt, — wo selbstverständlich die Vorschriften über den Vergleich allein maßgebend sind.

Die Bestimmungen des **Art. 909** stehen in innigem Zusammenhange mit dem anerkannten Rechtssatze, daß jeder Dritte durch Erfüllung dessen, was ein Anderer schuldet, dessen Schuldverbindlichkeit tilgen kann, sofern seine Absicht hierauf gerichtet war. Dieser Satz gilt nicht nur dann, wenn der Erfüllende im Auftrage des Schuldners handelte, sondern auch, wenn er ohne dessen Willen, ja selbst wenn er wider seinen Willen erfüllte, mochte er dabei eine Liberalität oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag bezielen. Hieraus folgt, daß, wenn Jemand auf den Namen eines Anderen etwas gezahlt hat, was dieser wirklich schuldig

war, ihm nach keiner Seite hin gegen den Empfänger eine Rückforderung des Gegebenen aus dem Gesichtspunkte grundloser Leistung zugestanden werden kann, auch dann nicht, wenn er in der irrigen Meinung gezahlt hat, dem Schuldner durch Auftrag oder aus einem anderen Rechtsgrunde dazu verpflichtet zu seyn, oder wenn er irrthümlich eine ihm selbst obliegende Schuld zu erfüllen vermeinte. Denn der entscheidende Grund für die Zulässigkeit der condictio ist immer nur der, daß der Empfänger etwas ohne Grund erworben hat, was in allen diesen Fällen nicht Statt findet. Nur wenn der Empfänger in dem letzteren Falle den Irrthum des Zahlenden, wonach sich dieser selbst für den Schuldner hielt, gekannt hat, wird er billig zur Rückgabe des Empfangenen angehalten, aber nicht, weil er ohne Grund empfangen, sondern weil er mala fide den Irrthum des Andern zu dessen Nachtheile benützt hat.

Der Inhalt des **Art. 910** ist ein einfaches, aus dem Wesen der passiven Wahlverbindlichkeit sich ergebendes Korollar; **Art. 911** soll den Gläubiger gegen Frivolitäten schützen, indem er ihm eine Art von Retentionsrecht einräumt.

Der Kläger hat, dem Rechtsgrunde der condictio indebiti entsprechend, den Beweis zu führen, daß er dem Beklagten eine Zahlung gemacht, daß er dazu nicht verpflichtet gewesen, daß er aber irriger Weise eine Verpflichtung dazu angenommen habe. Indem der Entwurf diese dem Kläger an sich obliegende Beweislast voraussetzt, stellt er in **Artikel 912** und **913** — unter Benützung gemeinrechtlicher Sätze — zwei Präsumtionen auf. Die eine gegen den Beklagten, wenn dieser den Empfang der Zahlung läugnet, derselben aber überführt wird. Zur Strafe seines Läugnens wird in diesem Falle zu Gunsten des Klägers der Mangel der Verpflichtung und der Irrthum vermuthet und der Beklagte hat das Empfangene herauszugeben. Nur der Gegenbeweis ist ihm vorbehalten, daß ihm der Kläger zu jener Zahlung rechtlich verpflichtet war. — Hat dagegen der Beklagte den Empfang der Zahlung gestanden, behauptet er jedoch die Verpflichtung des Klägers, so hat der letztere das indebitum zu beweisen. Ist dieser Beweis geliefert, so wird bis zum Beweise des Gegentheils, nach dem Satze: nemo suum jactare praesumitur, vermuthet, daß die Zahlung aus Irrthum erfolgt sey. Diese Vermuthung soll jedoch dann nicht Platz greifen, wenn ein besonderes persönliches Verhältniß zwischen dem Geber und dem Empfänger besteht, welches bei der Zuwendung die Absicht einer Liberalität vermuthen läßt. Ein solches Verhältniß wird namentlich das zwischen Eltern und Kindern oder auch nach Umständen zwischen andern nahen Verwandten seyn.

Die Bestimmungen des Entwurfs über den Gegenstand der Rückforderung und demnach über die Intention der condictio indebiti nach ihren Hauptrichtungen setzen als Fundament des Anspruches lediglich den Umstand voraus, daß etwas ohne Grund aus dem Vermögen des Gebers in das des Empfängers übergegangen ist. Demgemäß muß dem Geber dasjenige wieder verschafft werden, was er ohne Grund aus seinem Vermögen in das des Andern übertragen hat, und zwar entsteht die darauf gerichtete Verpflichtung und Forderung in dem Augenblicke, wo das geleistete Objekt in das Vermögen des Empfängers übergegangen ist, so daß nichts darauf an-

kömmt, wann der eine oder andere Theil die Grundlosigkeit der geschehenen Leistung erfährt. Zugleich ergibt sich als Regel, daß der Kläger nie mehr fordern kann, als aus seinem Vermögen wirklich in das Vermögen des Beklagten gekommen ist, während andererseits der Beklagte nie mehr herauszugeben braucht als er ohne Grund erhalten hat. Indem der **Art. 914** diesen Grundsatz ausspricht, verwirft er zugleich die noch in der neuern gemeinrechtlichen Doktrin vertretene Ansicht, daß die condictio indebiti auf Wiedererstattung desjenigen, was der Beklagte empfangen hat, mit Erfolg nur soweit angestellt werden könne, als der Beklagte durch den Empfang im Augenblick der erhobenen Klage oder der Streiteinlassung noch bereichert ist.

Von dem angenommenen Prinzipe aus ergeben sich nun unter Zuhilfenahme einiger anderer anerkannter Rechtswahrheiten die Detailbestimmungen der **Art. 915—924** mit logischer Folgerichtigkeit. Ist nämlich das Eigenthum einer Sache und zwar einer Quantität fungibler Sachen übertragen **(Art. 915)**, so geht auch gemeinrechtlich die Verpflichtung des Schuldners auf Rückgabe der empfangenen Quantität oder Summe. Ist die Sache unterdessen in ihrem Werthe gestiegen, so muß den ihm daraus entspringenden Nachtheil der Empfänger, ist sie gesunken, der Geber tragen. — Vermöge der Beschaffenheit der Sache trägt der Schuldner die Gefahr des Unterganges und vermag folgeweise noch weniger durch die Berufung darauf, daß deren Verwendung keinen Nutzen für ihn abgeworfen habe, eine Entkräftung oder Beschränkung seiner Verbindlichkeit herbeizuführen.

Die im **Abs. 2** des **Art. 915** gemachte Ausnahme von dem Grundprinzipe ist durch die mala fides des Empfängers gerechtfertiget.

Ist aber das Eigenthum einer als Spezies in Betracht kommenden Sache übertragen **(Art. 916)**, so steht dem Geber der Anspruch auf Rückübertragung derselben in dem Umfange zu, in welchem er die Sache dem Empfänger gewährt hat. Der hiedurch bestimmte Gegenstand der Obligation kann jedoch nach der einen Seite hin Erweiterungen, andererseits aber auch Beschränkungen erfahren. Der Billigkeit gemäß kann nämlich der Geber nicht bloß die gegebene Sache selbst zurückfordern, sondern auch deren bei dem Empfänger entstandene Accessionen, ja selbst die Früchte, welche derselbe in gutem Glauben perzipirt hat, soferne sie nicht durch Zufall untergegangen sind. Umgekehrt folgt die Befreiung des Empfängers bei zufälligem Untergange der Sache **(Art. 917 Abs. 1)** aus dem allgemeinen Grundsatze, daß die geschuldete Spezies auf Gefahr des Gläubigers steht. Als zufälliges Ereigniß muß aber auch die eigne Handlung des Empfängers beurtheilt werden, wenn er durch eine solche die Möglichkeit der Restitution der Sache aufgehoben hat, vorausgesetzt, daß dieses zu einer Zeit geschah, wo er die ihm obliegende Restitutionspflicht noch nicht gekannt hat. Hat jedoch der Empfänger in Folge des Rechtsgeschäfts, wodurch er sich die Herausgabe des Gegenstands unmöglich gemacht hat, einen Gewinn gezogen, so muß er diesen billigerweise dem Geber herausgeben **(Art. 917 Abs. 2)**.

Anders gestaltet sich die Restitutionspflicht des Empfängers, wenn er beim Empfange des Gegenstandes die Nichtschuld und den Irrthum des Gebers gekannt hat.

(Art 918 Abs. 1.) In diesem Falle war er schon zur Zeit des Empfanges zur sofortigen Rückgabe des Empfangenen verpflichtet und muß daher einem säumigen Schuldner gleichgestellt werden, welcher auch für die durch Zufall, geschweige denn für die durch seine eigenen Handlungen herbeigeführte Unmöglichkeit der Zurückgabe der Sache einzustehen hat. — Dieselbe Verbindlichkeit hat der Empfänger selbstverständlich auch in dem Falle, wenn er zwar von Anfang an in gutem Glauben war, hinterher aber den wahren Sachverhalt in Erfahrung gebracht hat; hier trifft ihn die gesteigerte Verbindlichkeit von dem Augenblicke der erlangten Kenntniß an. **(Art. 918 Abs. 2.)**

Soferne in den vorbezeichneten Fällen die Schätzung der Sache den Gegenstand der Forderung bildet, ist der Werth der Sache im Zeitpunkte der Zuwendung zu Grund zu legen, weil nur unter dieser Voraussetzung der Empfänger gerade so viel zurückgibt, als er durch die Zuwendung ohne Grund erhalten hat. — Die Verwendungen, durch welche der Beklagte den Werth der herauszugebenden Sache selbst erhöht hat **(Art 919)**, muß er dem Kläger nach Maßgabe der bei der Eigenthumsklage geltenden Grundsätze in Ansatz bringen dürfen, weil sonst der letztere auf Kosten des Beklagten einen Gewinn machen würde. — Daß der Beklagte bei der Herausgabe von Früchten die auf die Gewinnung derselben gemachten Kosten abziehen darf, wurde als auf einem allgemeinen durchgreifenden Grundsatze beruhend, nicht besonders hervorgehoben.

Die **Art. 920 – 924** berücksichtigen die anderen Richtungen, welche die condictio indebiti außer dem Falle, daß Sachen zum Zwecke der Zahlung übertragen worden sind, haben kann. Ist aus der irrigen Unterstellung einer hiezu bestehenden Verpflichtung eine Sache zum Besitz, Gebrauch, Fruchtgenuß überlassen **(Art. 920)**, so kann der Geber die Rückgabe der Sache und die Erstattung der durch dieselbe in das Vermögen des Empfängers gekommenen Vortheile fordern. In wie weit hier der Empfänger für die Sache zu haften hat, ist nach dem Rechtsverhältnisse zu bestimmen, welches durch die Hinausgabe der Sache zwischen dem Geber und dem Empfänger begründet wird; dasselbe wird sich namentlich als Commodat-, Mieth-, Pacht-, Faustpfand-Kontrakt darstellen.

Ist in der irrigen Unterstellung einer hiezu bestehenden Verbindlichkeit und in der Absicht der Erfüllung derselben ein Recht an einer fremden Sache bestellt oder aufgegeben, so geht der Anspruch zunächst auf dessen Erlaß oder Wiederherstellung. Außerdem wird noch in Betracht kommen müssen, was dadurch an sachlichem Werth ohne Grund in das Vermögen des Beklagten geflossen ist. **(Art. 921).**

Vergeltliche Dienstleistungen, welche einem Andern in der irrigen Voraussetzung unentgeltlich geleistet worden sind, daß man dazu rechtlich verpflichtet sey, können in der Weise condicirt werden, daß man die Vergütung des Werths der Dienstleistung fordert, wobei die Zeit der letzteren maßgebend seyn muß. **(Art. 922.)**

Hat Jemand in der irrigen Annahme dazu z. B. durch ein Vermächtniß verpflichtet zu seyn, einem Andern ein Schuldversprechen geleistet, so kann er, auch wenn es nur ein accessorisches ist, die Befreiung von der übernommenen Verbind-

lichkeit verlangen. Hat er die eingegangene Verbindlichkeit bereits erfüllt, so hat er Anspruch auf Zurückgabe des Gegenstandes derselben, da er diesen nun ja gleichfalls indebite geleistet hat. **(Art. 923 Abs. 1.)**

Hat Jemand eine fremde Verbindlichkeit übernommen, in der irrigen Meinung, daß er dem ursprünglichen Schuldner dazu verpflichtet sey, so kann er von dem letzteren fordern, daß er seine Befreiung bewirke. **(Art. 923 Abs. 2.)** Hat er die übernommene Schuld bereits getilgt, so kann er von dem ursprünglichen Schuldner Entschädigung fordern.

Ist in der irrigen Unterstellung eines dazu verpflichtenden Grundes eine Schuld erlassen oder sonst aufgegeben, so geht der Anspruch auf Wiederherstellung des Schuldverhältnisses und zwar nach dem Bestande desselben, welchen es ohne jenes Befreiungsgeschäft haben würde. **(Art. 924).** Hiebei ist es selbstverständlich, daß der Inhalt der wiederhergestellten Obligation, die Fälligkeit der letzteren vorausgesetzt, auch von dem Gläubiger unmittelbar — unter Berufung auf die Anfechtbarkeit der in Mitte liegenden Befreiung als einer indebite gewährten — muß geltend gemacht werden können.

2) Rückforderung wegen Nichteintrittes der Voraussetzung.

Diese der römischrechtlichen condictio ob causam datorum oder cond. causa data causa non secuta nachgebildete Rückforderung ist begründet, wenn Jemand dem Andern etwas gegeben oder sonst zugewendet hat unter der Voraussetzung eines bestimmten künftigen Ereignisses oder eines davon abhängigen Erfolges, das Ereigniß oder der Erfolg aber nicht eintritt. **(Art. 925.)**

Bei gegenseitigen Schuldverträgen kann der eine Theil die dem andern bereits gemachte Leistung nur ausnahmsweise unter den gesetzlichen Voraussetzungen wieder zurückfordern; in diesen Fällen sind für die Rückforderung die Bestimmungen der **Art. 926–932** ebenfalls maßgebend.

Solche Zuwendungen, welche um eines unerlaubten oder unsittlichen Zweckes willen gemacht wurden, sind nicht nach den Bestimmungen der angeführten Artikel, sondern nach den nachfolgenden Normen über die Rückforderung wegen verwerflichen Empfanges zu beurtheilen.

Was die genaueren Voraussetzungen der Rückforderung anlangt, so ist nur darauf hinzuweisen, daß die Zuwendung durch den Geber bei dem Zuwendungsakte selbst in einer dem Empfänger erkennbaren Weise mit der Voraussetzung des künftigen Eintrittes eines bestimmten Ereignisses oder Erfolges verknüpft seyn mußte, ohne daß jedoch dieser Eintritt dem Geschäfte als Bedingung beigefügt seyn darf, in welch' letzterem Falle die Grundsätze von bedingten Geschäften Platz greifen würden. Die Rückforderung ist somit nur dann begründet, wenn der Geber den Bestand oder die fortdauernde Wirksamkeit seiner Leistung an die Voraussetzung des Eintrittes eines bestimmten künftigen Ereignisses gebunden hat, wenn der Empfänger diese Willensmeinung des Gebers zu erkennen im Stande war und also die Zuwendung mit diesen Modalitäten angenommen hat. Wer, ohne sich über den eigentlichen Grund und Zweck seiner

Leistung zu erklären, einem andern schenkungsweise etwas zugewendet hat, kann nichts zurückfordern, auch wenn er sich in seiner stillgehegten Erwartung getäuscht findet. — Die an eine Zweckbestimmung geknüpften Liberalitätsakte stellen sich allerdings als Zuwendungen unter einer Voraussetzung dar. Auch ist die Klage, mit welcher dieselben im Falle der Nichterfüllung der Zweckbestimmung zurückgefordert werden, keine andere als die Rückforderungsklage wegen Nichteintritts der Voraussetzung. Aber die Wirkung der Zweckbestimmung hat doch ihre Eigenthümlichkeiten und ist darum auch durch besondere Bestimmungen geregelt.

Die Thatsache selbst, um deren willen oder im Hinblicke auf welche die Zuwendung gemacht wurde, kann von sehr verschiedener Beschaffenheit seyn. Sie kann in der Handlung des Gebers oder des Empfängers oder auch eines Dritten, ebensogut aber auch in einem von menschlicher Willkür unabhängigen Ereignisse bestehen und diese verschiedenen Verhältnisse können auch in derselben gemischt seyn; die Thatsache kann ferner eine positive oder negative seyn.

Die Rückforderung des unter Voraussetzung eines künftigen Ereignisses Gegebenen ist begründet, sobald der Nichteintritt des vorausgesetzten Erfolges entschieden ist. **(Art. 925.)** Ist insbesondere die Voraussetzung auf eine künftige Handlung des Empfängers gestellt, so ist die Rückforderung, vorbehaltlich anderweitiger Uebereinkunft und der besonderen im **Art. 927** gemachten Ausnahmen, in gleichem Maße begründet, die Handlung mag durch die Willkür oder die Schuld desselben unterblieben oder durch Zufall unmöglich geworden oder verhindert seyn. **(Art. 925 Abs. 2.)** Ist eine Frist für die Vornahme dieser Handlung festgesetzt, so ist mit deren Ablauf die Rückforderung begründet und es nützt dem Empfänger nicht, wenn er auch bereits mit der Erfüllung der ihm auferlegten Leistung den Anfang gemacht hat oder in derselben begriffen ist.

Ist keine Frist vorgesteckt, so muß die Rückforderung dann begründet seyn, wenn der Empfänger die Frist hat verstreichen lassen, innerhalb welcher der Geber nach den Umständen auf die Vornahme der Handlung rechnen durfte. **(Art. 926.)**

Ist der Geber selbst schuld an der Vereitlung der Voraussetzung, so wird dadurch die Begründung der Rückforderung in allen jenen Fällen nicht gehindert, wo der Eintritt und so auch der Nichteintritt der Voraussetzung ihrem Inhalte sowie der Natur des ganzen Geschäftes gemäß von der eigenen Entscheidung des Gebers abhängt. Eine Ausnahme ist nur für den Fall zu machen, wenn nach dem Geist und Zwecke des Geschäftes dem Geber keinerlei bestimmende Einwirkung auf den Gang derjenigen Ereignisse zustehen soll, welche über den Eintritt oder Nichteintritt der Voraussetzung entscheiden. Denn der Geber mag hier mit bewußter Absichtlichkeit oder ohne solche die dem Zufalle anheimgestellte Entscheidung der Voraussetzung zu seinen Gunsten lenken, immerhin macht er sich einer offenbaren Unredlichkeit schuldig, wenn er den von ihm selbst herbeigeführten Nichteintritt der Voraussetzung für sich geltend macht. Dasselbe tritt ein, wenn die Voraussetzung in einer künftigen Leistung des Empfängers an einen Dritten besteht, und der letztere sie verhindert oder darauf verzichtet, weil hier nach Analogie der Vorschrift des Art. 48 Thl. I. die Leistung als geschehen gilt. **(Art. 927.)**

Beim Nichteintritte der Voraussetzung ist der Empfänger gehalten, den Geber wie bei der Rückforderung wegen irrthümlicher Voraussetzung einer Verbindlichkeit in rechtlicher Hinsicht wieder in die Lage zurückzuversetzen, in der er wäre, wenn er nichts geleistet hätte. **(Art. 928.)**

Eine wesentliche Abweichung wird jedoch durch den Umstand begründet, daß bei der datio ob rem der Geber den Bestand seiner Leistung sogleich von vorneherein auf eine dem Empfänger erkennbare Weise von dem wirklichen Eintritte der Voraussetzung abhängig macht. Damit weiß der Empfänger oder sollte es wissen, daß er bei dem Nichteintritte der Voraussetzung entweder das Empfangene oder dessen Werth dem Geber zurückzustellen hat. Der Empfänger hat daher vorläufig in Wesenheit die Sache nur als eine ihm anvertraute zu betrachten, auf deren Rückgabe er nach Umständen gefaßt seyn muß. Hat er sich daher durch die von ihm getroffene Verfügung die Rückerstattung der ihm gegebenen Spezies unmöglich gemacht, so kann er schlechthin auf den vollen Ersatz ihres Werths belangt werden, gleichviel ob dieß vor oder nach erfolgtem und ihm bekannt gewordenen Eintritte der ihm eventuell obliegenden Verpflichtung zur Rückgabe geschehen ist. Erfordert die Erhaltung und Bewahrung des Gegenstands eine bestimmte Obhut, so hat er auch diese zu leisten, widrigenfalls ihn der Untergang oder das Abhandenkommen der Sache zu vollem Ersatze verpflichtet. Ist der dem Empfänger übergebene Gegenstand fruchttragend und so beschaffen, daß er zu dem Ende eine bestimmte wirthschaftliche Behandlung erfordert, so muß er denselben dieser seiner Natur gemäß wie ein guter Hausvater verwalten, und hat daher beim Nichteintritte der Voraussetzung mit der Hauptsache selbst nicht bloß die wirklich gezogenen Früchte herauszugeben, sondern auch wegen der vernachlässigten Früchte zu haften. **(Art. 929.)**

Daß der Empfänger von dem Geber diejenigen Kosten ersetzt verlangen kann, welche er auf die zurückzugebende Sache selbst nothwendiger oder nützlicher Weise verwendet hat, beruht auf klaren Billigkeitsgründen. Hat jedoch der Empfänger zu einer Zeit, wo er den Nichteintritt der Voraussetzung bereits gekannt hat, oder wo ihm die Rückforderungsklage mitgetheilt ist, auf die Sache noch Verwendungen gemacht, so kann er nach Analogie des malae fidei possessor nur für die nothwendigen Verwendungen Ersatz fordern. **(Art. 930.)**

Was die Beweislast bei der Rückforderung wegen Nichteintritts der Voraussetzung anlangt, so hat sich der Entwurf die auch in der neuesten gemeinrechtlichen Doctrin vertretene Ansicht angeeignet, wonach der Kläger nicht nur zu beweisen hat, daß er seine Zuwendung an den Empfänger in erkennbarer Weise an die Voraussetzung eines in der Zukunft liegenden Ereignisses oder Erfolges geknüpft hat, sondern noch überdieß den weiteren Beweis führen muß, daß diese Voraussetzung nicht in der gehörigen Weise eingetreten ist. **(Art. 931.)** Denn wenn auch nicht verkannt wird, daß der letzte Grund der Rückforderung des ob rem datum in der dem Zuwendungsakte innewohnenden Willensbeschränkung des Gebers zu suchen ist, so gelangt doch diese Willensbeschränkung erst dann zur Wirksamkeit, wenn jener vorausgesetzte Erfolg nicht eingetreten ist; der Nicht-

eintritt der Voraussetzung bedingt daher die Wirksamkeit jener Willensbeschränkung und bildet insoferne ein zur Begründung des Anspruchs auf Seite des Klägers unerläßliches Moment. Hat der Empfänger die Sache vor erhaltener Kenntniß des Wegfalls der Voraussetzung der Bestimmung des Gebers gemäß verwendet, oder ist die Sache, soferne sie nicht vertretbar ist, durch Zufall untergegangen, so befindet sich der Empfänger hinsichtlich der Verpflichtung zur Rückgabe in der unverschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung, und ist daher nach Art. 119 Abs. 1 von seiner Verbindlichkeit befreit.

3) Rückforderung wegen verwerflichen Empfangs.

Als rechtlos erscheint das Haben auch dann, wenn der Empfänger durch die Annahme der Zuwendung eine sittlich verwerfliche oder rechtswidrige Gesinnung an den Tag legt, und es ist daher für solche die (der gemeinrechtlichen condictio ob turpem causam entsprechende) Rückforderung wegen verwerflichen Empfanges gegeben. **(Art. 933–935.)**

Eine erhebliche Einschränkung muß die auf diesem Grundsatze beruhende Rückforderung dann erleiden, wenn der von dem Geber durch die Zuwendung beabsichtigte Erfolg selbst sich als ein unsittlicher oder rechtswidriger darstellt. Hier trifft nicht bloß den Empfänger, sondern ebenso den Geber der Vorwurf der Immoralität, der letztere hat die richterliche Hilfe durch seine eigene Unsittlichkeit verscherzt. Es bleiben also für die Rückforderung wegen Unsittlichkeit des Empfangs nur jene Fälle, wenn Jemand um eines künftigen Erfolgs willen in verwerflicher Weise etwas empfangen hat, ohne daß zugleich das Geben aus jenem Grunde eine Unsittlichkeit war. Der Grund der Rückforderung ist hier die durch die Annahme der Leistung des Andern an den Tag gelegte verwerfliche Gesinnung. Der Vorwurf einer solchen Gesinnung trifft den Empfänger unzweifelhaft immer dann, wenn er für die Unterlassung einer rechtswidrigen, unsittlichen oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Handlung eine Bezahlung angenommen hat.

Ob der beabsichtigte Erfolg eingetreten sey oder nicht, ist für die Begründung des Rückforderungsanspruches gleichgiltig.

Der Gegenstand der Rückforderung ist in der dem Grunde derselben entsprechenden Weise bestimmt. **(Art. 935.)** Die Beschränkung hinsichtlich der Verwendungen rechtfertigt sich aus der von Anfang an dem Empfänger bewußten Rechtlosigkeit seines Habens.

Wiefern in den Fällen der **Art. 933 u. 934** die Konfiskation des Gegebenen eintritt, richtet sich nach den Bestimmungen des St.-G.-B. über Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen, sowie nach einzelnen Spezialgesetzen.

4) Rückforderung aus andern Gründen.

Außer den bisher erörterten Fällen der Rückforderung waren noch andere zu berücksichtigen, in welchen sich die einem Andern zugewandte Bereicherung als recht- und grundlos darstellt und daher einer Rückforderung unterliegen muß.

Eine solche Grundlosigkeit kann

a) von Anfang an vorhanden seyn. Der Entwurf hielt es jedoch für bedenklich, sich den von der gemeinrechtlichen Doktrin formulirten Satz anzueignen, daß in allen Fällen eine Rückforderung begründet seyn soll, wo sich das Haben des Empfängers von Anfang als rechtlos (sine causa) darstellt, weil ein so abstrakter Satz unverkennbar zu manchen Mißverständnissen und Mißdeutungen führen könnte. Es schien rathsamer, hier nur die Hauptfälle, in welchen sich eine Bereicherung (abgesehen von den Fällen der irrigen Voraussetzung einer Schuldverbindlichkeit) von Anfang an als ohne Recht darstellt, hervorzuheben und das Weitere den Detailbestimmungen vorzubehalten **(Art. 936)**. — Daß es in den Fällen dieses Artikels gleichgiltig seyn muß, ob dem Geber zur Zeit der Zuwendung die Ungiltigkeit oder Anfechtbarkeit des Geschäftes bekannt war oder nicht, mußte im Hinblicke auf Art. 906 ausdrücklich hervorgehoben werden. Ist das Geschäft vom Gesetze verboten (reprobirt), so würde die ganze Intention des Gesetzgebers vereitelt, wenn die nachfolgende Vollziehung desselben, wenn sie nur im Bewußtseyn jener Ungiltigkeit erfolgt, unwiderruflich wäre, und ebenso verhält es sich mit anfechtbaren Geschäften, wenn dieselben vor Beseitigung des Anfechtbarkeitsgrundes vollzogen werden.

b) Die Grundlosigkeit kann hinterdrein eintreten.

Hier ist ganz im Anschlusse an das gemeine Recht die Rückforderung ohne weitere Beschränkung zulässig. **(Art. 937.)**

Die Bestimmungen der **Art. 938 u. 939** rechtfertigen sich theils aus der Natur der Sache, theils aus der Analogie, welche zwischen dieser Rückforderung und den anderen Hauptfällen derselben stattfindet.

Art. 940 soll unbegründeten Ansprüchen auf Rückerstattung, namentlich aber dem Mißbrauche vorbeugen, welcher mit der Anwendung der gemeinrechtlichen Vorschriften über eine Verwendung zum Vortheile eines Andern gemacht wurde. Es ist dadurch den Ansprüchen auf Rückforderung oder Ersatz wegen einer solchen Verwendung eine ganz sichere Grenze gesetzt.

Schließlich mag noch bemerkt werden, daß zur selbständigen Aufstellung einer besonderen Rückforderung wegen einer injusta causa, wie sie im gemeinen Rechte vorgetragen wird, eine Veranlassung nicht vorlag, indem die hieher gehörigen Rechtsbestimmungen bei den einzelnen Gründen dieser Rückforderung — Gewalt und Betrug — bereits gegeben sind. (Thl. I. Art. 15 u. 18.)

Fünfundzwanzigstes Hauptstück.

Besondere Arten von unerlaubten Handlungen.

Die rechtlichen Folgen der einzelnen unerlaubten Handlungen ergeben sich im Allgemeinen schon aus den in Art. 52 u. 73 ausgesprochenen Grundsätzen, es sind daher nur diejenigen besondern Arten hier im Einzelnen zu behandeln, bei denen vermöge ihrer Eigenthümlichkeit die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze besondere Schwierigkeiten mit sich bringt.

Insbesondere erfordern jene unerlaubten Handlungen, welche einen Angriff auf das Leben und die Gesundheit, die Freiheit und die Ehre enthalten, eine spezielle Behandlung, weil sie theils nur unter besonderen Voraussetzungen von den im allgemeinen Theile festgesetzten Folgen begleitet sind, theils aber auch diese Folgen hier einer näheren Feststellung und Begränzung bedürfen.

In **Art. 941** tritt ganz vorzüglich dieser letztere Gesichtspunkt hervor. Wer eine Person widerrechtlich tödtet, müßte nach dem Grundsatze des Art. 52 jeden Schaden ersetzen, der durch den Tod dieser Person irgend Jemand zugeht, und daher insbesondere die Verbindlichkeit zu allen Leistungen überkommen, zu denen der Getödtete verpflichtet war, insoferne deren Erfüllung durch seinen Tod unmöglich wird. Allein eine solche weitgehende, in ihren Folgen und Rückwirkungen kaum zu überschauende Bestimmung findet sich in keiner der bisherigen Gesetzgebungen vor, und auch der Entwurf schließt sich der billigen Ansicht an, daß durch die Tödtung eines Menschen für den Schuldigen neben den unmittelbar durch die rechtswidrige Handlung verursachten Kosten für die versuchte Heilung und denen der Beerdigung nur soweit eine Verpflichtung erwachse, als der dem Getödteten bisher obgelegene Unterhalt Anderer durch die Tödtung gefährdet wird.

Wo es sich nicht um die Bestrafung, sondern um den Ersatz des verursachten Schadens handelt, ist es im Allgemeinen ohne Einfluß, ob die Tödtung eine absichtliche oder fahrlässige, und ob die Fahrlässigkeit eine grobe oder geringe gewesen ist; nur bei Bemessung der Größe der Entschädigung kann dem Maße des Verschuldens einige Rechnung getragen werden, wie dieses in Art. 942 näher bestimmt ist.

Für den Fall der Konkurrenz wird, in Uebereinstimmung mit den in den Art. 69 und 71 aufgestellten Grundsätzen, die Sammtverbindlichkeit für den Fall ausgesprochen, wenn die Handlung jedes Einzelnen schon an sich zum tödtlichen Erfolg genügte, ohne daß es darauf anzukommen hat, an welcher Verwundung der Getödtete wirklich gestorben ist; nur wird, wie sich von selbst versteht, hiebei vorausgesetzt, daß nicht etwa der Beweis erbracht werden kann, daß der Getödtete schon todt war, als die zweite Handlung vorgenommen wurde, weil in einem solchen Falle diese sich eben nicht mehr als eine tödtliche Verletzung darstellt.

Hinsichtlich des Maßes der Entschädigung wird in **Art. 942** als Regel aufgestellt, daß dieselbe stets nur die Leistung des fortlaufenden Unterhaltes im weiteren Sinne — Ernährung, Verpflegung und Erziehung — begreifen könne, wobei

jedoch dem Richter hinsichtlich des Maßes ein weiterer Spielraum zu gewähren war. In vielen Fällen könnte es praktischer erscheinen, anstatt der fortlaufenden Unterhaltsbeiträge dem Schuldigen die Entrichtung einer Aversalsumme aufzulegen; allein da hiedurch bald dem einen bald dem andern Theile ein dem strengen Rechte nicht entsprechender Vortheil zugehen würde, so muß die Eingehung eines solchen Risiko der freien Uebereinstimmung beider Theile anheimgestellt werden, wobei es übrigens genügt, wenn dieselben nur überhaupt in die Zuerkennung einer Aversalsumme einwilligen, in welchem Falle der Richter sodann die Größe derselben festzusetzen hat.

Aus dem Gesichtspunkte, daß nur dafür gesorgt werden soll, daß die Alimentationsberechtigten durch die Tödtung nicht in Noth versetzt werden, folgt von selbst die Bestimmung des **Art. 944**, wonach eine Entschädigungspflicht des Schuldigen hinwegfällt, wenn auf andere Weise das Bedürfniß der Alimentationsberechtigten gedeckt ist, während der Inhalt des **Art. 943** sich aus der Betrachtung ergibt, daß der Thäter jedenfalls nicht weiter haften kann, als der Getödtete selbst verpflichtet gewesen wäre. Aus demselben Gesichtspunkte gestattet dieser Artikel hinsichtlich der Begrenzung des Entschädigungsanspruches keine Ausnahme für den Fall, daß die Unterhaltungspflicht des Getödteten auf einem besonderen Rechtstitel beruhte.

Der Verlust des Unterhaltes durch Hinwegfallen des Alimentationsverpflichteten tritt auch durch eine sonstige vollständige Beseitigung des Verpflichteten ein, weßhalb der **Art. 945** für die möglicherweise vorkommenden Fälle des Pressens in fremde Kriegsdienste und ähnliche Gewaltthaten die für die Tödtung gegebenen Vorschriften anwendbar erklärt.

Die **Art. 946 u. 947** behandeln die Fälle der rechtswidrigen Beschädigung eines Anderen an dessen Körper oder Gesundheit, worunter sowohl die Körperverletzung im engeren Sinne, als auch die Störung der geistigen Gesundheit und die Beeinträchtigung der sittlichen Integrität mittels Nothzucht und Verführung zur Unzucht begriffen sind.

Die Verpflichtung des Schuldigen umfaßt nicht nur den Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten und die Entschädigung für den Entgang des Erwerbes wegen eingetretener Arbeitsunfähigkeit, sey diese vorübergehend oder dauernd, sondern auch die Schadloshaltung für die etwaige Verhinderung eines besseren Fortkommens oder einer Versorgung, wegen einer durch die Verletzung entstandenen bleibenden Verunstaltung. In letzterer Beziehung wird im Art. 947 nur vorausgesetzt, daß die Verunstaltung geeignet sei, diese Folgen nach sich zu ziehen, wonach der Beschädigte nicht erst den Beweis darüber zu führen hat, daß ihm eine bestimmte Aussicht auf ein besseres Fortkommen oder eine Versorgung entzogen oder geschmälert sey. Der Richter hat solches vielmehr aus der allgemeinen Beschaffenheit des Falles und den Umständen zu ermessen. Ein Anspruch auf S c h m e r z e n s g e l d ist nach dem Vorbilde der neueren Gesetzgebungen durch die Fassung des Entwurfes ausgeschlossen, weil sich die Schmerzen überhaupt nicht messen und noch weniger in Geld anschlagen lassen, wobei übrigens dem richterlichen Er-

messen bei Feststellung der Entschädigungsgröße die Berücksichtigung der erduldeten schmerzhaften Krankheit unbenommen bleibt.

Der Abs. 2 des Art. 946 behandelt die Fälle konkurrirender Verschuldungen, insoweit dieselben nicht bereits in den Art. 69 und 71 hinreichend normirt sind. Hiebei war die Erwägung maßgebend, daß, nachdem jeder für die von ihm bewirkte Rechtswidrigkeit haften muß, diese Haftung dadurch nicht alterirt werden kann, daß ein Anderer in gleicher Rechtswidrigkeit sich befindet. Hienach entscheiden sich denn auch die Fälle, wo die durch eine Körperverletzung bewirkte Krankheit durch Nachläßigkeit des Arztes oder sonst ein Verschulden verlängert wurde, wobei der Thäter von der Verbindlichkeit zum Ersatze soweit befreit werden muß, als er nachweisen kann, daß die Krankheit nicht die Folge seiner Handlung gewesen sey.

Die bisher erörterten Artikel setzen voraus, daß Jemand durch eigene Thätigkeit eines Anderen verletzt worden ist. Allein es kann auch ohne diese ein Anspruch auf Entschädigung begründet seyn, und die **Art. 948 — 951** enthalten nähere Bestimmungen über Beschädigungen, welche durch Thiere oder leblose Sachen eines Anderen verursacht werden. Wer reißende oder sonst ihrer Natur nach schädliche Thiere hält, muß für den durch dieselben verursachten Schaden, selbst bei gehöriger Verwahrung und Aufsicht, haften, weil keine noch so sorgfältige Verwahrung die Gefahr gänzlich beseitigt, welche dadurch hervorgerufen wird, daß Jemand solche schädliche Thiere in den Kreis des bürgerlichen Lebens bringt. Bei Hausthieren dagegen ist nicht schon deren Besitz an sich eine gefahrdrohende Handlung, sondern es wird, um den durch Thiere dieser Art etwa verursachten Schaden dem Eigenthümer aufzubürden, noch eine spezielle Nachläßigkeit desselben erfordert. Da jedoch solche Thiere nur in Folge besonderer Gewohnheiten und Eigenschaften Schaden stiften und der Eigenthümer verpflichtet ist, sich über das Naturell seiner Thiere zu vergewissern und nach diesem seine Maßregeln bei deren Verwahrung und Beaufsichtigung zu treffen, so spricht die Vermuthung dafür, daß wenn solche Thiere einen Schaden gestiftet haben, dieß bei gehöriger Sorgfalt des Eigenthümers hätte vermieden werden können. Deshalb hat er nachzuweisen, daß ihm eine solche nicht zur Last liege, wenn seine Verpflichtung zum Schadensersatze hinwegfallen soll.

Ebenso ist es nur eine spezielle Anwendung der allgemeinen Grundsätze, daß, falls das Thier durch Veranlassung eines Dritten geschadet hat, dieser entweder allein, oder, wo zugleich der Besitzer des Thieres die Verwahrung oder Aufsicht versäumt hatte, mit diesem sammtverbindlich haftbar wird. Auch der Besitzer reißender Thiere haftet nach der Fassung des **Art. 949** nicht, falls der Schade von dem Beschädigten selbst oder von einem Dritten verschuldet ist, und sich der Besitzer in der Verwahrung keine Nachläßigkeit beigehen ließ; weil die Beschädigung in solchem Falle nicht durch das gefährliche Halten solcher Thiere, sondern durch die unmittelbare schuldhafte Handlung veranlaßt ist. Die römische noxae datio wird im Art. 948 Abs. 3 in Uebereinstimmung mit allen neueren Gesetzgebungen verworfen, weil eine solche in den meisten Fällen eine genügende Ent-

schädigung bilden würde, und es wäre auch, da nach unsern Begriffen nicht die Handlung des Thieres, sondern die Nachlässigkeit des Eigenthümers als Grund der Entschädigungspflicht erscheint, nicht abzusehen, weßhalb hier andere Grundsätze maßgebend seyn sollten, als in allen übrigen Fällen der kulposen Delikte.

Der Entwurf geht nun zu den Fällen einer Beschädigung durch leblose Gegenstände über, und behandelt in **Art. 950** zuerst den Fall, wenn durch Einsturz eines Gebäudes oder Werkes ein Schaden entsteht, sey es durch völliges Zusammenstürzen, oder durch das Einstürzen oder Herabstürzen einzelner Theile. Wenn eine solche Beschädigung durch Einsturz eines Bauwerkes oder andere in Folge seiner Baufälligkeit eingetretene Ereignisse verursacht worden ist, so fragt es sich vor Allem, ob dieselbe durch gehörige Sorgfalt in der Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes zu vermeiden gewesen wäre. War dies der Fall, so erscheint derjenige, welcher die ihm obliegende Pflicht der Unterhaltung des Bauwerkes versäumt hat, als schuldhafter Veranlasser der Beschädigung, er ist daher zum Ersatze verpflichtet. Selbst wenn der Einsturz an einem vermietheten Gebäude stattfand, hält sich, soweit dem Miether nicht vertragsmäßig oder nach dem Gesetze die betreffende Reparatur oblag, der Beschädigte mit Recht an den Eigenthümer, wobei jedoch dieser, wenn ihm der Miether von der Schadhaftigkeit nicht Kenntniß gegeben, an letzteren den Regreß nach Maßgabe des Art. 417 hat. — Ist ein solches Ereigniß trotz gehöriger Sorgfalt in Unterhaltung des Bauwerkes in Folge seiner mangelhaften Bauart eingetreten, so erscheint derjenige als schuldig, unter dessen Verantwortlichkeit der Bau geführt wurde, und es findet die Bestimmung des Art. 530 Anwendung, wonach, wenn das Werk innerhalb der ersten fünf Jahre zusammenstürzt, die Vermuthung gegen den Unternehmer spricht. — Sind beide, der Unternehmer und der Unterhaltspflichtige, schuldhaft, so tritt nach allgemeinen Grundsätzen solidarische Verpflichtung ein.

Endlich ist in **Art. 951** der Fall behandelt, wenn eine Beschädigung durch Sachen stattfindet, welche aus einem Gebäude heraus- oder herabgeworfen, geschüttet oder gegossen, auf gefährliche Weise ausgehängt oder ausgestellt werden und herabfallen. Hiebei ist die Frage, ob das Aushängen oder Ausstellen ein gefährliches war, im Hinblicke auf die Bestimmungen des Artikels 52 zu beurtheilen, und es erscheint immerhin als eine Nachlässigkeit, wenn auf Ereignisse, die zwar nicht gewöhnlich, aber doch möglich sind, wie heftiger Sturm, Gewitter u. s. w., keine Rücksicht genommen wurde. Nach allgemeinen Grundsätzen ist in allen diesen Fällen der Schuldige zum Schadensersatze verpflichtet. Da jedoch dem Inhaber eines Gebäudes und beziehungsweise des betreffenden Theiles die Sorge obliegt, daß auch seine Angehörigen, seine Dienstleute oder Dritte, die er bei sich aufnimmt, derartige hausordnungswidrige Handlungen unterlassen, und überdieß dem Beschädigten nicht wohl zugemuthet werden kann, den Hausgenossen, welcher schuldig ist, herauszufinden, so haftet der betreffende Inhaber, solange er den wirklichen Thäter nicht nachweist; wobei er jedoch immerhin noch außerdem auf Grund des Art. 62 haftbar seyn kann. Die Vorschrift des **Art. 951 Abs. 2** hat besonders für

jene Theile des Gebäudes Bedeutung, welche, wie der Hof, Keller und Speicher, allen Bewohnern gemeinsam sind. Von selbst versteht es sich, daß für die Beschädigung kein Ersatz zu leisten ist, wenn eine Person, ungeachtet sie von der Gefahr gehörig in Kenntniß gesetzt wurde, sich dennoch in die Gefahr begibt. Der **Art. 951 Abs. 3** führt den häufigsten Fall solcher Warnungen durch ausgestellte Zeichen besonders auf, um jeden Zweifel abzuschneiden, daß nicht gerade eine persönliche Thätigkeit des Wohnungsinhabers durch Rufen u. dgl. erfordert wird. Ebenso hat sich Jemand etwaige Beschädigungen selbst zuzuschreiben, wenn er sich an nicht gangbare, das heißt an solche Orte begibt, wo sich Niemand aufzuhalten pflegt und welche zum Gebrauche Anderer nicht bestimmt sind.

Der Entwurf geht nun in dem **Art. 952** auf den Fall der Injurie über. Nachdem die bisher im gemeinen Rechte auf Widerruf und Geldentschädigung zugelassenen Klagen als höchst unzweckmäßig allgemein anerkannt sind, überläßt er die Rechtsverletzung, soweit sie sich nur als Angriff auf die persönliche Ehre qualifizirt, der strafrechtlichen Ahndung. Eine Verpflichtung zur Entschädigung als civilrechtliche Folge einer Injurie wird nach dem Systeme des Entwurfes nur dann begründet, wenn durch dieselbe ein vermögensrechtlicher Schaden verursacht wurde. Einfache, in das Gebiet der Polizeistrafgewalt fallende, Beleidigungen können einen solchen nicht wohl zur Folge haben. Der **Art. 952** knüpft deßhalb an die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die höheren Klassen der Angriffe auf die Ehre an, und läßt nur diese als Grundlage eines Entschädigungsanspruches gelten. Durch diese Beziehung erhalten auch die strafrechtlichen Bestimmungen über die Beschränkung des Beweises der Wahrheit ihre Anwendung auf die Civilklage. Aber nicht blos jene schwereren Angriffe auf die Ehre sind geeignet, eine Vermögensbeschädigung zu verursachen. In manchen Verhältnissen hängt das Fortkommen, ja die ganze bürgerliche Existenz einer Person von der öffentlichen Meinung ab, daß ihre Vermögensverhältnisse genugsame Garantien für die mit derselben einzugehenden Geschäfte darbieten. Gegen die Untergrabung des Kredits ist der Schutz der Gesetze nothwendig. Hier ist jedoch ein anderer Gesichtspunkt maßgebend, als bei den Angriffen auf die Ehre. Wenn Jemand einem Geschäftsfreunde oder einer sonst ihm nahestehenden Person auf besondere Anfrage oder in Folge des zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverkehrs über die Persönlichkeit und die Verhältnisse eines Andern Aufschluß gibt und wenn dem letzteren durch die über ihn ausgesprochene Ansicht geschadet wird, so kann es nur darauf ankommen, ob die Mittheilung in bösem oder gutem Glauben geschehen ist. Im letzteren Falle wird der Aufschlußertheilende dadurch, daß seine Ansicht und die von ihm ertheilte Auskunft nicht gegründet ist, nicht zum Schadensersatze verpflichtet. Anders dagegen, wenn die Verbreitung von Gerüchten, die dem Kredite eines Anderen schaden, in böswilliger Absicht geschah, was der Richter nach den Umständen zu beurtheilen hat. (Th. I. Art. 71.) Hier kann nur der Beweis der Wahrheit die boshafte Handlung straflos machen, und insbesondere auch der Umstand nicht als Entschuldigung gelten, daß man ohne sich über die Thatsachen zu vergewissern, die von Anderen gehörten nachtheiligen Gerüchte weiter erzählt.

Die Haftung der Beamten und öffentlichen Diener für den in ihren Dienstverrichtungen verursachten Schaden kann nicht durchgängig mit gleichem Maßstabe bemessen werden. Bei gewissen Funktionen bringt es die Natur und der Zweck derselben mit sich, daß dem Beamten der höchste Grad von Genauigkeit und Sorgfalt zur Pflicht gemacht werden muß. (Vgl. Hyp.-Ges. §. 95 Nr. 2 ff., Instruktion §. 9 Nr. 2 2c.) Diese Anforderung kann jedoch ohne Unbilligkeit nicht auf alle öffentlichen Dienste ausgedehnt werden. Daher wurde die Syndikatsklage bisher allgemein auf die Voraussetzung von dolus oder lata culpa beschränkt. Letztere ist begründet, wenn ein Beamter, Richter oder Schätzmann nicht jene Sorgfalt und Aufmerksamkeit und jenen Fleiß beobachtet, welchen man von jedem ordentlichen Beamten, Richter oder Schätzmann verlangen darf; während Fehler, deren Vermeidung man nur von einem besonders eifrigen und kenntnißreichen Beamten u. s. w. erwarten darf, den Entschädigungs-Anspruch nicht begründen. **(Art. 953, 954.)**

Sechsundzwanzigstes Hauptstück.

Verkürzung der Gläubiger.

Gläubiger können durch Veräußerungen wie durch Eingehung oder Uebernahme von Verbindlichkeiten von Seite ihres Schuldners benachtheiliget werden, wenn derselbe in unredlicher Absicht sein Vermögen und somit die Befriedigungsmittel seiner Gläubiger vermindert. Gegenstand des gegenwärtigen Hauptstückes sind aber nur jene Veräußerungen, welche der Schuldner — in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen — noch vor dem Momente vornimmt, in welchem die Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens zur Kenntniß des Gerichts gebracht und dieses mit prozessualischen Handlungen, nach den Bestimmungen über das Gantverfahren, befaßt wird. Mit dem Eintritte der Gant verliert der Schuldner von Rechtswegen die freie Verfügung über sein Vermögen, und alle nach diesem Zeitpunkte von ihm vorgenommenen Veräußerungen sind nichtig, während die früheren, als äußerlich zu Recht bestehend, wegen der dadurch von dem Schuldner gegen die Gläubiger gespielten Gefährde, von den letzteren, insoweit sie benachtheiliget sind, angefochten werden können. Der Civilprozeßordnung bleibt es gleichfalls vorbehalten, für jene, kurze Zeit vor dem Eintritte der formellen Gant vorgenommenen Veräußerungen des Schuldners, eine gesetzliche Vermuthung dahin aufzustellen, daß solche im Bewußtseyn der Vermögens-Insuffizienz und in der Absicht der Verkürzung der Gläubiger vorgenommen worden seyen.

Insoferne sonach in diesen beiden Richtungen das Civilprozeßgesetzbuch Vorsehung trifft, kann es sich hier lediglich um jene Veräußerungen des Schuldners handeln, welche entweder hinter jenem, durch das Civilprozeßgesetzbuch von der

Ganteröffnung an rückwärts festgesetzten Zeitpunkte noch zurückliegen oder welche von einem Schuldner vorgenommen werden, gegen welchen eine Ganteröffnung nicht erfolgt. Es kann nämlich auch eine Verkürzung eines einzelnen Gläubigers des Schuldners in dem obigen Sinne eintreten, ein Fall, in welchem ein Gantverfahren nicht stattfindet.

Gegenstand der Anfechtung können vor Allem nur solche Rechtsgeschäfte des Schuldners seyn, welche eine freiwillige Veräußerung oder die Eingehung oder Uebernahme von Verbindlichkeiten enthalten, durch welche letzteren das Vermögen des Schuldners indirekt gleichfalls vermindert wird. Nur bei freiwilligen Rechtsakten läßt sich die Absicht des Schuldners seine Gläubiger zu verkürzen annehmen, nicht aber bei Veräußerungen, zu welchen derselbe durch gerichtliches Andringen eines Gläubigers gezwungen wird, wenn dadurch auch eine Verkürzung für die weniger wachsamen Gläubiger thatsächlich eintritt. Was unter Veräußerung zu verstehen sey, ist bereits Th. I. Art. 5 bestimmt. Eine solche liegt namentlich dann nicht vor, wenn nicht das vorhandene Vermögen verringert, sondern nur ein neuer Erwerb verschmäht wurde, wie bei der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses. Inwieferne die Gläubiger eine nach Einleitung des Gantverfahrens dem Schuldner angefallene, von ihm aber ausgeschlagene Erbschaft ꝛc. zum Zwecke ihrer Befriedigung annehmen können, wird im Erbrechte besonders bestimmt. **(Art. 955.)**

Im Falle einer gefährdevollen Veräußerung von Seite des Schuldners können ferner nur jene Gläubiger zur Anfechtung berechtigt seyn, deren Ansprüche schon vor der Veräußerung begründet waren, weil nur diese bereits Rechte auf Befriedigung aus den entzogenen Vermögensmitteln erworben haben, daher wirklich verkürzt werden. **(Art. 956.)** — Die Absicht der Verkürzung der Gläubiger auf Seite des Schuldners kann, wenn das Gesetz, wie hier, keine Vermuthung aufstellt, als ein innerer Vorgang in den meisten Fällen nur aus den Umständen, nicht aus unmittelbaren Beweismitteln, zur Ueberzeugung des Richters gebracht werden. In erster Linie kömmt hier der Vermögensstand des Schuldners in Betracht, weil angenommen werden muß, daß er denselben überschaue; muß er hienach erkennen, daß die Gläubiger infolge der Veräußerung ihre Befriedigung nicht mehr erlangen können, so ist der Schluß auf die Absicht der Verkürzung der letzteren gerechtfertiget. Gleichwohl kann diese Schlußfolgerung durch eine Darlegung des guten Glaubens auf Seite des Schuldners beseitiget werden, falls derselbe ungeachtet der von ihm erkannten Insolvenz, berechtigte Aussichten auf Vermögenszuwachs, z. B. durch Erbschaften oder Unternehmungen hatte, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge Erfolg versprachen. — Außer dem Vermögensstande des Schuldners können hinsichtlich der Annahme der bösen Absicht auch die persönlichen Verhältnisse der bei dem Veräußerungsgeschäfte Betheiligten für die Ueberzeugung des Richters bestimmend seyn, namentlich die Verwandtschaft, die Familiarität, in welcher der Erwerber des entzogenen Vermögenstheiles zu dem Schuldner steht, ingleichem die Umstände oder die Stipulationen, unter welchen das verkürzende Rechtsgeschäft geschlossen wurde, wie z. B. die hastige oder heim-

liche Abschließung desselben, die verhältnißmäßig geringe Gegenleistung, die gewohnheitswidrige Festsetzung einer sofortigen Zahlung an den veräußernden Schuldner u. s. w. **(Art. 957).**

Unentgeltlichen Veräußerungen des Schuldners gegenüber kann das Anfechtungsrecht der hiedurch verkürzten Gläubiger nicht von der Kenntniß des Empfängers um die widerrechtliche Absicht des Schuldners abhängig gemacht werden, weil der erstere immerhin zum Schaden der Gläubiger dadurch bereichert wird. Bei Sachen oder Rechten dagegen, welche aus einem mit dem Schuldner abgeschlossenen entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte erworben werden, kann der Grund der Anfechtung für die hiedurch beschädigten Gläubiger nur aus der Mitwissenschaft des Erwerbers um die widerrechtliche Absicht des Schuldners, aus dessen thatsächlicher Mitwirkung zu der unerlaubten Handlung, entnommen werden. Es würde dem Verkehre alle Sicherheit entzogen werden, wenn Rechtsgeschäfte, welche ein Dritter in gutem Glauben mit einer äußerlich im Genusse ihrer Dispositionsfähigkeit stehenden Person abschließt, der Anfechtung unterliegen könnten. **(Art. 958.)**

Bezüglich der Veräußerungshandlungen des Schuldners schließt vorerst der Entwurf — der neueren Rechtsanschauung folgend — bei der Zahlung einer fälligen Schuld die Anfechtung von Seite der Mitgläubiger schlechthin aus. Der wachsame Gläubiger, wenn er auch die Vermögensumstände des Schuldners kennt, erwirbt durch den Empfang dessen, was ihm aus dem Schuldverhältnisse, wie es besteht, rechtlich gebührt, keinen widerrechtlichen Vortheil; selbst dann nicht, wenn der Schuldner die Absicht hat, ihn vor andern Gläubigern, deren Konkurrenz seine vollständige Befriedigung ausschlösse, zu begünstigen. Durch diese Absicht des zahlenden Schuldners wird die Handlung des Gläubigers als des Empfängers noch nicht zu einer rechtswidrigen, weil noch kein anderer Gläubiger ein den Anspruch des Empfängers ausschließendes Recht erworben hat. Fehlt es aber an einer Rechtswidrigkeit auf Seite des Empfängers, so kann das Rechtsgeschäft, welches kein lukratives ist, der Anfechtung nicht unterliegen. **(Art. 960.)**

Die Pfandbestellung für eine bereits bestehende Schuld, außer dem Falle, wenn solche schon vorher vom Schuldner zugesichert war und nur unvollzogen blieb, ferner die Hingabe eines nichtgeschuldeten Gegenstandes an Zahlungsstatt, sey es auch für eine bereits fällige Schuld, insoweit der Werth der hingegebenen Sache die Schuld nicht übersteigt, sind Veräußerungsgeschäfte, vermöge welcher dem Gläubiger durch einen neuen freiwilligen Akt des Schuldners etwas zugewendet wird, was vorher nicht schon den Inhalt seines erworbenen Rechtes bildete, wodurch ihm aber gleichwohl keine Bereicherung zugeht. In dem einen Falle erhält er Sicherheit für seine Forderung, deren sie vorher entbehrte, in dem anderen statt des geschuldeten Gegenstands einen anderen, in einem seine Forderung zwar nicht übersteigenden Werthe, aber in der Regel zu einer Zeit, in welcher dem Schuldner andere Zahlungsmittel fehlen. In beiden Fällen vertheidiget der Gläubiger, gegenüber der Anfechtung des Geschäftes durch die Mitgläubiger, nur die Abwendung eines Schadens, nicht die Erhaltung eines Gewinnes. Hiernach erschien es

angemessen, das Anfechtungsrecht der Gläubiger zwar nicht gänzlich auszuschließen, zu seiner Begründung aber die Mitwissenschaft des Empfängers um die unredliche Absicht des Schuldners zu fordern. — In dem heutigen Verkehre vertreten Werthpapiere, welche einen Kurswerth haben, häufig die Stelle des Geldes, als des gewöhnlichen Zahlungsmittels. Es kann daher deren Hingabe, nach dem zur Zeit der letzteren bestehenden Kurswerthe nur als einfache Zahlung aufgefaßt werden. Werden sie aber von dem Schuldner unter dem Kurswerthe behufs der Zahlung dem Gläubiger angerechnet, so liegt hierin eine von Seite der Mitgläubiger anfechtbare, unentgeltliche Veräußerung des Schuldners vor, gerade so wie in dem Falle, wenn der Werth eines anderen an Zahlungsstatt hingegebenen Gegenstandes den Betrag der Schuld übersteigt.

Ein besonderes Verhältniß waltet bei der Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld ob. Die Gläubiger haben auf das gesammte schuldnerische Vermögen gleiche Ansprüche; zu diesem gehört aber auch jener Betrag der Vermögensmittel, welcher zur Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld, zum Nachtheile bereits fälliger Forderungen, verwendet wird. Die Gläubiger müssen daher berechtiget seyn, diesen Betrag mittels der Anfechtungsklage wieder einzufordern. Ihr Interesse wird durch die Beschränkung der Revokation auf den Vortheil der vorzeitigen Zahlung allein dann nicht gewahrt, wenn die Zahlungsmittel des Schuldners, infolge seiner vorzeitigen Zahlung, unter den Betrag seiner fälligen, unbefriediget gebliebenen Schulden herabsinken, denn die nicht fällige Schuld kann bei einer gleichen Vertheilung des unzureichenden Vermögens nur mit jenem Betrage eingestellt werden, welcher nach dem Bestande desselben auf sie treffen würde. Reichen aber die nach Zahlung der nicht fälligen Schuld verbleibenden Zahlungsmittel des Schuldners zur Befriedigung der fälligen Schulden aus, so hat der Schuldner durch die vorzeitige Zahlung den Gläubiger nicht begünstiget, weil er nach Art. 102 außer im Falle einer besonderen Verabredung keinen Anspruch auf Abzug des Interusuriums hat. Hat aber der Schuldner vermöge einer besonderen Verabredung oder nach Handelsgebrauch Anspruch auf den Abzug einer bestimmten Summe des Interusuriums und unterläßt er denselben, so fällt diese Zuwendung als eine rein unentgeltliche unter den Gesichtspunkt des Art. 958 Abs. 2.

Aus diesen Erwägungen unterwirft der Entwurf die Pfandbestellung, die Zahlung einer nicht fälligen Schuld und die Hingabe an Zahlungsstatt der Anfechtung nur unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger Kenntniß hatte von der Verkürzungsabsicht des Schuldners. Zur Anfechtung sind aber nur jene Gläubiger berechtiget, welche nach den gesetzlichen Bestimmungen, durch welche die Befriedigung konkurrirender Gläubiger bei der Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens geregelt wird, einen gleichen oder einen höheren Rang mit oder vor jenem Gläubiger anzusprechen haben, für dessen Forderung ein Pfand bestellt, oder welchem ein nicht geschuldeter Gegenstand an Zahlungsstatt hingegeben, oder dessen Forderung vor der Verfallzeit bezahlt wurde; allen übrigen fehlt das rechtliche Interesse. **(Art. 959, 960, 961.)**

Der Anspruch der Gläubiger infolge des Anfechtungsrechtes richtet sich allein gegen den Erwerber des den Schuldner durch den Gläubigern entzogenen Vermögensgegenstandes und hat im Allgemeinen die Wiederherstellung des Zustandes zum Zwecke, wie solcher vor der angefochtenen Handlung war. So muß insbesondere die von dem Schuldner veräußerte Sache (selbstverständlich auch das von ihm hingegebene Faustpfand) von dem Empfänger behufs der gesetzlichen Befriedigung der Gläubiger herausgegeben werden. Die auf Dritte von dem Schuldner übertragenen Aktivforderungen können, infolge der Erklärung der Unwirksamkeit der Cession, von den Debenten nur an die anfechtenden Gläubiger oder bei Gericht, daher nicht mehr an den Cessionar, giltig entrichtet werden. — Verpflichtungen, welche der Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger übernommen hat, werden als unwirksam erklärt; Belastungen von Sachen des Schuldners werden aufgehoben, so z. B. die von dem Schuldner bestellten Hypotheken gelöscht. Die von dem Schuldner erlassenen Forderungen oder die von ihm aufgegebenen Rechte an Sachen endlich werden den anfechtenden Gläubigern gegenüber als wiederhergestellt erklärt **(Art. 962)**.

Der Anspruch auf Restitution der von dem Schuldner veräußerten Sache gegen den Empfänger richtet sich, je nach der Unterscheidung, ob der Erwerber in gutem oder in bösem Glauben war, im Wesentlichen nach den bei der Eigenthumsklage maßgebenden Grundsätzen. Die **Art. 963, 964, 965** enhalten in dieser Richtung das geltende Recht und bedürfen keiner weiteren Rechtfertigung.

Das Anfechtungsrecht der Gläubiger kann sich nicht über seinen Zweck erstrecken. Jedes Rechtsgeschäft kann daher nur insoweit der Anfechtung unterliegen, als nöthig ist, um die Befriedigung der verkürzten Gläubiger zu bewirken; für den Mehrbetrag verbleibt das Rechtsgeschäft in Kraft **(Art. 966)**.

Wie schon angeführt, hat die von den Gläubigern gegen den Erwerber schuldnerischer Vermögensstücke zu erhebende Anfechtungsklage die Wiederherstellung des Zustandes zum Zwecke, wie solcher vor der angefochtenen Veräußerung war. Bei Anwendung dieses Grundsatzes auf die gegen eine Gegenleistung des Erwerbers von dem Schuldner bewirkten Veräußerungen, welche nur gegenüber dem mit dem betrüglichen Schuldner einverstandenen Erwerber angefochten werden können (vgl. Art. 958 Abs. 1), muß diesem jedenfalls insoweit ein Anspruch auf seine Gegenleistung zugestanden werden, als dieselbe oder ihr Werth zur Zeit der Geltendmachung der Anfechtung noch im Vermögen des Schuldners vorhanden ist, weil sonst in dem Vermögen des Schuldners eine Bereicherung ohne Rechtsgrund verbleiben würde. Bei unentgeltlichen Veräußerungen (Schenkungen), welche auch ohne jene Mitwissenschaft des Erwerbers um die betrügliche Absicht des Schuldners der Anfechtung durch die Gläubiger unterliegen (vgl. Art. 958 Abs. 2), können Auflagen an den Erwerber (den Beschenkten), somit gleichfalls Gegenleistungen vorkommen, bezüglich deren Wiedererstattung aus dem Vermögen des Schuldners unterschieden werden muß, ob der Erwerber von der unredlichen Absicht des Schuldners Kenntniß hatte oder nicht. In dem letzteren Falle muß dem Erwerber nothwendig der volle Ersatz seiner Gegenleistung zu Theil werden, wäh-

rend im ersten Falle die bei entgeltlichen Veräußerungen geltende Beschränkung der Rückforderung der Gegenleistung aus gleichen Gründen eintreten muß. **(Art. 967.)**

Es liegt in der Natur der Sache und bedarf keiner Rechtfertigung, daß gegen den dritten Erwerber der Sache unter entgeltlichem Titel die Folge der unerlaubten Handlung, hier die Anfechtung der Veräußerung von Seite der Gläubiger, nur dann geltend gemacht werden könne, wenn derselbe von der Anfechtbarkeit zur Zeit seines Erwerbes Kenntniß hatte. Dieses muß insbesondere nach dem im Sachenrechte dem Entwurfe zu Grund liegenden Prinzip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches dann angenommen werden, wenn bei dem Erwerbe einer unbeweglichen Sache durch den Dritten ein Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche besteht, welcher die freie Verfügung des Besitzers über die Sache beschränkt, wie z. B. jene einer Sperre oder einer Protestation. Wurde die zu Gefährde der Gläubiger von dem Schuldner veräußerte Sache unter einem unentgeltlichen Titel — schenkungsweise — von einem Dritten erworben, so ist dieser durch den Schaden der Gläubiger bereichert; es muß gegen ihn die Anfechtung ganz unbedingt geltend gemacht werden können. **(Art. 966 Abs. 1.)** Hat aber der dritte Erwerber, gegen welchen hienach (vergl. Abs. 1) die Anfechtung geltend gemacht werden kann, vorher die Sache durch eine freiwillige Verfügung weiter veräußert, so muß das Rückforderungsrecht gegen ihn doch immer noch insoweit begründet bleiben, als er aus dem Erlöse der veräußerten Sache sich noch bereichert befindet. **(Art. 966 Abs. 2.)**

Die Sicherung Desjenigen, welcher von dem Schuldner erwirbt, und die Gefahr, welche er läuft, seine Vertheidigungsmittel gegen eine Anfechtung im Verlaufe der Zeit zu verlieren, gebieten die Festsetzung einer abgekürzten Verjährung für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes der Gläubiger, welches selbstverständlich auch im Wege der Einrede oder einer Replik geschehen kann. Als Anfangspunkt der Verjährung stellt sich naturgemäß jener Zeitpunkt dar, in welchem die durch Veräußerungshandlungen des Schuldners bewirkte widerrechtliche Verkürzung als solche zur Kenntniß der Gläubiger gelangt, und der Entwurf bestimmt die Verjährung von da an auf ein Jahr. Diese Kenntniß können die Gläubiger aber oft erst nach langer Zeit nach Vornahme jener Veräußerungshandlungen des Schuldners erlangen, weil dieselben erfahrungsgemäß nicht offen vorgenommen werden. Soll daher der Zweck einer baldigen Sicherheit des Erwerbers gegen Anfechtungen der Gläubiger allseitig erreicht werden, so muß ferner, ohne Rücksicht darauf, ob die Gläubiger von dem Vorliegen einer widerrechtlichen Verkürzung durch den Schuldner Kenntniß erlangt haben, die Frist zur Geltendmachung der Anfechtung, von dem Abschlusse jener Veräußerungsgeschäfte an gerechnet, beschränkt werden, so daß (nach der vom Entwurfe hiefür adoptirten Verjährungsfrist) keine Veräußerungshandlung des Schuldners nach fünf Jahren, von ihrer Vornahme an, der Anfechtung mehr unterliegen kann. **(Art. 967.)**

Siebenundzwanzigstes Hauptstück.

Verbindlichkeit zur Vorlage von Sachen oder zur Gestattung ihrer Einsicht.

Die Geltendmachung von Rechtsansprüchen auf eine in fremdem Besitze befindliche Sache setzt häufig eine vorgängige genaue Kenntnißnahme von der Sache voraus; die Rechtsverfolgung wäre daher sehr verkümmert, wenn diese (vor der Hand) verweigert und sofort der Nachweis des angesprochenen Rechtes verlangt werden könnte. Der Entwurf nimmt deßhalb hier die durch Rücksichten der Billigkeit gebotenen Vorschriften des gemeinen Rechts auf. **(Art. 970.)** Aehnliche Rücksichten motiviren den Anspruch auf Gestattung der Wegnahme und Fortschaffung einer beweglichen Sache, welche auf ein fremdes Grundstück gekommen ist, dessen Betretung nach strengen Grundsätzen verweigert werden könnte. Hiebei muß jedoch auch dem Interesse des Besitzers des Grundstücks vollständige Rechnung getragen werden. **(Art. 971 u. 972.)**

Der durch die Anhängigkeit eines Rechtsstreites begründete gegenseitige Anspruch der Parteien auf Einsicht und Benützung ihrer urkundlichen Behelfe ist Gegenstand des Civilprozeßgesetzes. Hier werden nur die Grundsätze festgesetzt, nach welchen, unabhängig von jener Voraussetzung, die Edition einer Urkunde verlangt werden kann. Besteht für denjenigen, welcher dieselbe verlangt, ein Eigenthums- oder Miteigenthumsrecht an der Urkunde, oder ein sonst erworbenes Recht auf ihre Benutzung, so bedarf die Geltendmachung dieser Rechte keiner besonderen gesetzlichen Verfügung. Wo es aber an einem solchen Rechte gebricht, kann nach allgemeinen Grundsätzen, streng genommen, Niemand auf den Gebrauch oder auch nur auf die Einsicht einer fremden Urkunde Anspruch machen. Es sprechen indessen sehr erhebliche Gründe dafür, hier bei dem älteren Rechte stehen zu bleiben, welches einen solchen Anspruch unter gewissen Voraussetzungen gestattet; wenn nämlich die Urkunde zwar als eine für sich bestehende Sache sich in fremdem Eigenthume befindet, ihrem *Inhalte* nach aber für denjenigen, welcher die Edition verlangt, als eine gemeinschaftliche zu betrachten ist. **(Art. 973.)** Dieses ist der Fall hinsichtlich jener Personen, in deren Interesse die Urkunde errichtet ist, (wie bei letztwilligen Verfügungen, Inventarien und ähnlichen Beurkundungen), oder deren gegenseitige Rechte sie feststellt, und selbst hinsichtlich *Dritter*, deren Interesse das beurkundete Rechtsgeschäft in Rücksicht auf die Geltendmachung ihrer Rechtsansprüche mitberührt, sey es, daß sie aus dem Geschäfte Rechte erwerben sollen, oder daß ihr rechtliches Interesse als Gläubiger oder in anderen Verhältnissen durch dasselbe gefährdet wird. **(Art. 974. Abs. 1.)**

Eine solche Gemeinschaftlichkeit muß auch angenommen werden, hinsichtlich solcher Schriften, durch welche ein Rechtsgeschäft zwar nicht förmlich beurkundet wird, welche aber als Einleitung und Vorbereitung zu demselben gedient haben und daher für den Sinn und Inhalt des Geschäftes von großer Erheblichkeit seyn können. Es wäre unbillig, demjenigen, welcher in einer solchen Korrespondenz der anderen Partei Anerbietungen oder Erklärungen gemacht hat, auf welche der

Abschluß des Geschäftes erfolgte, die Benützung der in den Händen der letzteren befindlichen Briefe u. dgl. vorzuenthalten. **(Art. 974 Abs. 2.)**

In Betreff der Zugänglichkeit der gerichtlichen und der Notariatsakten sind die hierüber bestehenden oder zu erlassenden besonderen Vorschriften maßgebend. Es erscheint aber zur Verhütung von Anständen zweckmäßig, für die Vollziehung der Edition durch öffentliche Behörden im Allgemeinen hier Vorsehung zu treffen. **(Art. 975.)**

Wenn dem Anspruche auf Einsicht und Benützung einer Urkunde kein unmittelbares eigenes Recht an derselben zu Grunde liegt, sondern bloß das Interesse an ihrem Inhalte, so muß die Edition auf die Grenzen dieses Interesses beschränkt bleiben; bei Urkunden von größerem Umfange, Büchern, Registern u. dgl. sind daher die demselben fremden Theile der Einsicht nicht zu eröffnen. **(Art. 976.)**

Druck von C. R. Schurich in München.

Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern

Bd.: [1]

München 1861